

Ediciones
rap

DESDE LOS DERECHOS

**Aproximaciones a un derecho
administrativo de las personas
y la sociedad civil**

Isaac Augusto Damsky

**Presentación a cargo de Fernando García Pullés y epílogo
por Juan Ramón Capella**

Ediciones
IRAP



© **Ediciones *Rap* S. A.**
Talcahuano 638 - Piso 4, Of. H (C1013AAN)
Ciudad de Buenos Aires - República Argentina
4373-6210 / 4373-1703 / 4373-1677
consulta@revistarap.com.ar
www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN:

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica
y cualquier sistema de almacenamiento de información
sin autorización escrita del Editor.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Latingráfica
sitos en la calle Rocamora 4161, Ciudad de Buenos Aires
(CP 1184), Tel.: 4867-4777

A mis Estudiantes y a los amigos.

*“Se puede soportar cualquier verdad, por muy destructiva que sea,
a condición de que sea total, que lleve en sí tanta vitalidad
como la esperanza a la que ha sustituido”.*
Emil Cioran

ÍNDICE

PRÓLOGO

Por Fernando García Pullé.....

I. INTRODUCCIÓN

Estudio Preliminar: Del derecho del poder a un derecho de las personas

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Apuntes sobre la construcción histórica del concepto Administración pública y la vigencia de los principios jurídicos de organización administrativa.

Homenaje al Profesor Don Jorge Fernández Ruiz

Elementos de estudio de la organización administrativa

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Aproximaciones a la legitimación procesal contencioso administrativa y el progresivo desarrollo de los procesos colectivos: Desde el fallo “Kattan” a “Halabi”

Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa en Argentina: una nueva legitimidad constitucional humanitaria

Sobre la necesidad de integrar las previsiones de la democracia participativa adoptadas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a su procedimiento administrativo. Fortalezas y debilidades del régimen vigente

La transformación del procedimiento administrativo

Fundamentos de participación ciudadana para el procedimiento administrativo

IV. CONTRATACIÓN PÚBLICA

La participación ciudadana como un derecho. Sus interrogantes en la contratación administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Excursus sobre la crisis de la Licitación Pública y la forma de los contratos administrativos. Cuestiones subyacentes

Breve caracterización de las nuevas modalidades de contratación pública en Argentina

Sobre el discurso jurídico anticorrupción dentro de un sistema que la promueve

Breve panorama de las energías renovables

V. CONTROL PÚBLICO

El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos

Aproximaciones a las racionalidades del control de las actuales empresas públicas

El Defensor del Pueblo. Funcionario promotor del cambio

VI. CIUDAD Y DERECHOS

Aproximaciones sobre derecho a la ciudad, gobernabilidad en la Megalópolis Buenos Aires

La protección del patrimonio cultural de mi Ciudad de Buenos Aires en cinco elogiosas piezas judiciales y un pentagrama en blanco para la discusión pendiente

La problemática de la protección jurídica del patrimonio cultural argentino

La protección cautelar del derecho a la salud en Argentina. Su construcción a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos

VII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTUACIÓN LÍCITA

Responsabilidad del Estado por su actuación lícita. Cuestiones que plantea su gestión, su desarrollo comparado y la consolidación del sistema en nuestro país

EPÍLOGO

¿Adónde vamos? *Por Juan Ramón Capella*

ANEXOS

Laudatio al Profesor Agustín Gordillo ante el Grupo Europeo de Derecho Público de la Organización Europea de Derecho Público (Spetzes, Grecia, 2016)

Jorge Luis Salomoni - Semblanza de un Maestro, estampa de un Amigo

PRÓLOGO

En el género de la ciencia jurídica, el derecho administrativo es una especie de difícil aprehensión y, por tanto, de aún más ardua comprensión. No sólo se trata de examinar un sujeto de estudio que se expande o reduce y acrecienta o disminuye su influencia, en movimientos espasmódicos desprovistos de coherencia y guiados por la coyuntura. Ocurre que ese sujeto, la Administración, se examina en su faz jurídica, esto es, desde el punto de vista de su conducta en interferencia con otros, que están sometidos a sus potestades y, en muchos casos, dependen de su eficacia para su subsistencia o alcanzar el umbral de la dignidad.

Si todo ello no fuera suficientemente complejo, adviértase que el estudio del derecho administrativo aparece calificado por la convergencia de cuatro dimensiones: política, económica, social y jurídica.

No es dudoso que la Administración es, especialmente en estos tiempos, el instrumento de la expresión del ideario político de los gobiernos. La actividad administrativa de los gobiernos ha relegado al órgano democrático por excelencia —el legislativo— a un rol de segundo orden, particularmente en el subconsciente colectivo, que por lo general no atiende a explicaciones de corte normativo o histórico. En este campo, la actividad administrativa es el más fiel reflejo del pensamiento de quien dirige el gobierno de un Estado, que pareciera medirse menos por la calidad de las leyes sancionadas y más por la ejecución de políticas de forma paralegal.

Tampoco puede discutirse, con seriedad, que la Administración es una herramienta que influye, de manera impar, sobre la evolución de la economía. Nuestro país es un ejemplo constante de esta férrea conexión entre las decisiones administrativas y las correlativas conductas empresarias, que aceleran o estancan el desarrollo.

Posiblemente es la perspectiva social aquello que hace más especial al derecho administrativo. Es que la influencia de la Administración sobre la vida de los ciudadanos

como conjunto es tan patente, que obliga a diferenciar su estudio de otras ramas del derecho, generalmente enfocadas en los conflictos individuales y sólo ocasionalmente en las visiones de conjunto. En esta dimensión, los ciudadanos identifican a la Administración y a su jefatura con el Estado y le reconocen la capacidad de dañarlos, beneficiarlos, o simplemente dejarlos librados a su suerte en un ámbito en el que, especialmente los vulnerables, reclaman protección. Y las medidas administrativas afectan por lo general a grandes conjuntos. No es casual que el auge de procesos estructurales y colectivos tenga sus primeras causas en cuestionamientos sobre la juridicidad de medidas administrativas.

A partir de estos tres horizontes, el desarrollo de una ciencia jurídica que examine la conducta de la Administración y pretenda sujetarla a la ley, o más precisamente al derecho, parece casi una utopía. Tal vez por ello Gastón Jeze hubo de advertir, en el prólogo a la obra *El Estado*, de Woodrow Wilson, que la misión principal de un jurista es establecer un principio o una norma que sea obedecida por quien ejerce el poder; como tampoco que Alejandro Nieto repita, aquí y allá, que la enseñanza del derecho administrativo es vana, porque quienes ejercen vicarialmente el poder no se someten nunca a las reglas jurídicas, cualquiera sea la excusa ocasional.

Esta extensa advertencia tiene la exclusiva finalidad de advertir que las obras de derecho administrativo deberían clasificarse en tres especies diversas, a saber: aquellas que se limitan a informar los contenidos jurídicos de la organización y actuación administrativa; las que arriesgan el apego a la verdad para sostener una particular visión política, económica o social; y las que arriesgan estas últimas visiones para descubrir la verdad ontológica que subyace.

La obra de Isaac Damsky es de este tercer tipo. Este libro no trata tan sólo de brindar información sobre la ciencia del derecho administrativo. Hace mucho más que eso, jerarquiza al lector haciéndolo partícipe de un razonamiento obligatorio, que lo conduzca a descubrir el sentido de la propia existencia de la Administración, como clave de bóveda de un Estado enfocado hacia la procura de su finalidad esencial.

La lectura de estas páginas, que recuerdan con respeto y cariño a los viejos maestros del derecho administrativo, como es el caso de Guillermo Muñoz y Carlos Manuel Grecco, no sólo es un camino hacia una mejor comprensión de nuestra ciencia jurídica, es sobre todo una invitación a la reflexión sobre la razón de ser de nuestras afirmaciones más esenciales en este territorio.

Los temas son tratados con especial profundidad, pero también con un evidente respeto por el disenso. Esta deferencia se convierte justamente en la llave que abre las puertas hacia el camino del pensamiento y el replanteo, que dan sentido a una obra jurídica.

Tengo la alegría de compartir con el autor la enseñanza del derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como asimismo su preocupación por hacer de ello verdadera docencia. Esta obra es un fiel reflejo de su dedicación y su estudio, pero también de su necesidad de trascender los análisis superficiales de la realidad para poner sobre la mesa aquello que es imprescindible advertir, si se quiere seguir siendo un estudioso del derecho en tiempos de la inteligencia artificial.

DESDE LOS DERECHOS

Agradezco la oportunidad de prologar la obra del Dr. Damsky. He encontrado en ella muchos motivos para volver a pensar sobre los principios y criterios que rigen el derecho administrativo. Estoy convencido de que ningún autor puede buscar un objetivo más valioso que éste, respetar al lector instigándolo a ahondar lo escrito y ampliar el camino del derecho hacia la dignidad del hombre.

Fernando García Pullés

I. INTRODUCCIÓN

ESTUDIO PRELIMINAR: DEL DERECHO DEL PODER A UN DERECHO DE LAS PERSONAS

*A mis Estudiantes:
“Utopía: Representación imaginativa de una sociedad futura de
características favorecedoras del bien humano”¹.*

I. Imaginería de los derechos

Dos representaciones podrían graficar el anhelo por la búsqueda de razones ocultas y verdades escondidas en un intento discursivo a contracorriente. Kostas Axelos, en una breve alegoría: “Un padre y una madre centauros contemplan a su hijo, que juega en una playa mediterránea. El padre se vuelve hacia la madre y le pregunta: ¿piensas que debemos decirle que solamente es un mito?”. Y Emil Cioran, en una mordaz exhortación: “[...] escriba libros sólo si lo que va a decir en ellos usted nunca se lo confiaría a nadie”.

Esta ideación la significué en una resistencia pacífica a los cánones tradicionales del siempre renovado *derecho del poder* que se sirve y prescinde al mismo tiempo de los postulados constitucionales democráticos y representativos—supuestamente alegados como fundantes—para muchas veces desarrollar un derecho administrativo de carácter instrumental frecuentemente desconectado de aquellos, pero estructurado con formulaciones clásicas que toman cuerpo mediante una argumentación hegemónica.

De allí el intento de reapropiación de algunas categorías del derecho administrativo para demostrar que es posible pensarlo como un *derecho de las personas* y, al mismo tiempo, de la sociedad civil. Como una categoría conceptualmente diferenciada de los derechos individuales y de los derechos sociales.

¹ Diccionario de la Real Academia Española.

Intentar un derecho público de, desde y para la persona y sus efectores implica reconocer a la persona como un sujeto de especial protección carente de atributos de poder pero que tampoco trasunta un derecho social.

El derecho de las personas no puede quedar encapsulado solo dentro de los derechos individuales o de distinta generación porque en éstos, los individuales, convergen otras situaciones subjetivas en las que sí pueden verificarse rasgos de poder.

Desarrollados los derechos individuales a partir de la protección tradicional de los derechos de propiedad y libertad, constituyeron un amplio habitáculo dentro del cual se hizo convivir a los simples mortales sin fortuna con otras situaciones que si bien revisten carácter individual trasuntan situaciones de capacidad real de imposición o poder real, dotadas de distintas capacidades de intervención.

No obstante tratarse de supuestos diferenciables, la concepción clásica ha otorgado igual aptitud legal a sujetos marcadamente distintos y, frecuentemente, diametralmente opuestos. Así, resulta una paradoja equivaler en la misma aptitud legal de actuación del derecho subjetivo a la persona humana—sea vecino o simple usuario o contribuyente—con las personas jurídicas en sus diversas manifestaciones.

Más allá de los derechos individuales se trata, entonces, de intentar reflexionar desde el núcleo vivencial de las problemáticas propias de las personas en tanto categoría y clase y reconociendo matices y diferencias, por igual, respecto de los derechos individuales y de los derechos sociales. En éstos el eje estará colocado en la atención de una situación distinta a los derechos de las personas, manifestada en la vulnerabilidad y las técnicas de protección, nivelación y atención de las especiales necesidades sociales.

De allí también la necesidad de distinguir el derecho de las personas respecto de los derechos sociales, porque no se trata de lo mismo. Se trata de situaciones distintas en las que la vivencia de la persona puede no conformar un derecho social y viceversa.

Propongo reflexionar desde la imaginería de los derechos. Sobre una categoría especial de derecho de carácter personal y pluripersonal. De colectivos cívicos y ciudadanos. Cerrados y abiertos. Vecinales y locales. Nacionales y regionales. Transnacionales y mundializados. Tangible y no virtual—o meramente declamativo—. Vinculante y efectivo. No ilusorio. De acción y no solo reacción.

En síntesis, como un derecho y no ya más como una concesión libremente disponible por el efector de poder. Libre de ambages pero reconociendo, al mismo tiempo, su muy difícil concreción material, ya que esta argumentación, al no resultar funcional, es rápidamente repelida con descalificaciones afincadas en que resulta o bien fácticamente irrealizable o bien jurídicamente inviable, por implicar un alzamiento contra una escuela clásica largamente enraizada en la doctrina y hermenéutica tradicional.

Se trata de desarrollar un abordaje diferenciador que intente resistir a aquella tendencia por la abdicación de cualquier proclividad reformista refugiada en la crítica sin esperanza que confesaban dos Maestros en cuya fuente de sabiduría también frecuentemente abrego².

²Inicio mi trabajo expresando mi reconocimiento y gratitud al Profesor Carlos Manuel Grecco, cuyo espaldarazo inicial me ayudó a comenzar en la enseñanza del derecho administrativo, allá por 1995. Mi consecuente

El lector tendrá, entonces, entre sus manos una selección de trabajos en su estado original que, desarrollados a lo largo de dos décadas, vienen a revelarnos, una vez más, que las cosas cambian solo para que todo quede igual.

Aún así, tengo la convicción de que sigue tratándose de aportes diferenciados sobre algunos temas que perviven como novedosos en el derecho administrativo y otras cuestiones nodales en las que se propone una relectura crítica.

Arropado de un nostálgico optimismo con el que he intentado encender cada escrito, procuré arremeter con la quimérica convicción del incierto poder transformador de la palabra sobre una manifestación del derecho administrativo universal, la argentina; expresión vernácula adaptada de una técnica exquisita que desde siempre en este Sur ha fungido tanto como un botín de parábolas y paradojas cuanto como un terreno baldío a una crítica ora científica ora febril.

Prima la inquietud por la puesta en valor de un sistema de derechos que muchas veces se desvanece ilusorio, raquítico o insusceptible de contener las múltiples asunciones del poder real y que aquí se propone pensar en clave abierta.

Motiva el esfuerzo por la quimérica superación del hegemónico derecho administrativo *dado* que preserva incólume las ratios cerradas del poder mediante la reactualización permanente de cambiantes ornamentaciones discursivas cual *ius in fieri*.

Justifica, acaso como un intento de pensamiento comprometido, la ideación de una perspectiva alternativa de abordaje y resolución que trasunte una interpretación en *clave sur* de las indisponibles coordinadas tiempo y espacio que encontraron al autor.

Principia en la negación de este *derecho del poder* en tanto dato cultural indisponible, como primera toma de conciencia de una crisis y la posibilidad de su cuestionamiento³. Tal como ha explicado un maestro, “apresado aún en los marcos de la alienación, el pensamiento

incardinación académica coadyuvó luego en mi paulatina auscultación de su pensamiento a través de la lectura y relectura de sus exquisitos trabajos y la atenta escucha de sus enjundiosas conferencias. Y al fragor del egregor de aquel énclave académico descubrí el pensamiento humanista del Profesor Guillermo Muñoz. Siguiéndolos a través de la placentera degustación de su escucha y lectura, disfruté de la complementariedad de su ensamble; exquisita amalgama de espíritus. Por eso, hoy, cuando alguno de mis egresados me pide consejo discreto para iniciarse en la lectura de la especialidad, no dudo un instante en incluir, entre mis recomendaciones principales, la aproximación a esta ya clásica y original obra, compilación sistemática de trabajos cuya métrica, sin duda, me ha animado a intentar transitar mi propio camino. Por ello, mi recomendación y remisión a la epicúrea lectura de los *Fragmentos y Testimonios del derecho administrativo*, de los sentidos Profesores Carlos Manuel Grecco y Guillermo Andrés Muñoz (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999). Y acaso también por todo ello y junto con ellos me anime a proferirles la siguiente provocación inicial de apertura de mis trabajos: “Señores, de acuerdo con la tradición académica, con una costumbre universitaria cuya vigencia resulta indiscutible se supone que, a la manera de un solemne Jefe de Ceremonial, hoy estoy aquí para acompañarlos en este su primer contacto con el derecho administrativo [...] Pero sucede que no soy muy afecto a las solemnidades que presiden este tipo de ceremonias. Es más, desde hace tiempo tengo la íntima convicción de que desde su conformación arquitectónica hasta su estructura académica, nuestras facultades de Derecho están un poco enfermas de solemnidad” (autores y obra citada, p. 17).

³ Ampliar en: Capella Hernández, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997.

comprometido es, sin embargo, una tentativa de libertad [...] una oportunidad surgida de algún hecho histórico-social de trascendencia”, para el reencuentro entre el pensamiento y la realidad, “mediante la ruptura de un pensamiento conformista, de viejas correspondencias que ya no funcionan; mediante la quiebra de cristalizaciones ideológicas perimidas que se hallan en discordancia con el desenvolvimiento de la realidad”⁴.

II. La concepción clásica como ineludible punto de partida

Para intentar pensar, parcialmente, lo dicho, encuentro que—desde el derecho público—debemos establecer un punto de partida a modo de anclaje analítico y no es otro que la constatación de los cánones del derecho administrativo clásico, a partir de cuya consideración debe iniciar todo abordaje sobre la materia puesto que sus ratios perviven con parejo vigor, de suerte que las nuevas técnicas e instituciones resultan muy frecuentemente analizadas desde tal concepción clásica.

Es frecuente verificar la contradicción de pensar la novedad desde las antiguas razones. Y por ello será dentro de esta arquitectura donde encontraremos los principales reparos y hasta tesis negatorias a algunas alternativas que comporten progresiva evolución expansiva de los derechos hacia un nuevo sistema pluri o multilateral efectivo.

El derecho administrativo clásico resulta cristalizado en nuestro país en las obras de los Grandes Maestros de la Especialidad, como lo fueron Miguel Marienhoff, Rafael Bielsa, Benjamín Villegas Basavilbaso—solo por enumerar a prominentes Maestros de mediados del siglo XX—, llegando a Juan Carlos Cassagne, quienes concibieron, conforme a su tiempo, un derecho administrativo moderno para entonces de corte estadocentrista y, por ende, afinado en la centralidad de la organización y funcionamiento del poder, reconociendo en su periferia a los institutos y técnicas de revisión y control de la actuación estatal.

Significaron un gran avance, pero no obstante ello, su formulación se encontraba encuadrada dentro de tal paradigma tradicional para el cual la preocupación central eran los ámbitos de actuación del poder y sus alcances, pero pensados desde el poder; el derecho administrativo como el derecho ocupado de la organización y funcionamiento de la Administración pública estatal, epicentro de su discusión.

Así las cosas, justo es reconocer que a partir de la obra del Maestro Cassagne la doctrina inscripta dentro de la concepción clásica ajustó sus cánones a los nuevos paradigmas y desafíos de nuestra especialidad⁵ a partir de la teorización que el Maestro formuló en torno de los componentes que nutren la elaboración el nuevo escenario del derecho público

⁴ Cfr.: Portantiero, Juan Carlos, *Realismo y realidad en la narrativa argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, Colección Serie de los dos Siglos. Ver: Cap. IV, “A la realidad por el compromiso”, punto primero, “la primacía de la negatividad”.

⁵ Para la comprensión precisa de los términos de formulación y actualización de la concepción clásica en la actualidad, resulta ineludible la referencia al pensamiento del Maestro Juan Carlos Cassagne, con especial referencia a dos muy celebrados trabajos del insigne autor argentino que requieren ser integralmente considerados: *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, undécima edición, 2011 y *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Thompson Reuters, La Ley, 2015.

y sus nuevos paradigmas o mediante su renovado tratamiento de las técnicas de control de la discrecionalidad, su actualización de los cánones fundantes del principio de legalidad y a través de sus construcciones en torno al reconocimiento de la efectividad de los principios de participación, buena administración, moral pública, tutela judicial efectiva y confianza legítima, entre las numerosas aportaciones del Maestro argentino⁶.

También inscripto en la concepción clásica y partiendo de un profundo dominio de la métrica iusnaturalista⁷ –cuyas ajustadas referencias atraviesan integralmente su obra– se destacan las eruditas elaboraciones del Profesor argentino Pedro Coviello en orden a la sistematización y reelaboración de los principios fundantes del derecho público⁸. Sus trabajos y aportaciones –que conforman un acervo en cuya fuente conviene al estudioso abrevar– merecen su detenida lectura. Su celebrada obra sobre la protección del principio de confianza legítima⁹ al igual que sus múltiples elaboraciones científicas conforman una auténtica *summa* de fundamentos esenciales de nuestro derecho administrativo.

Ahora bien, no obstante lo dicho en último término, corresponde señalar que desde la concepción clásica ha campeado –y aún, ciertamente, pervive– la idea de un derecho procesal administrativo afincado en la idea de control judicial. De revisión. Preponderadamente enmarcado en un “juicio al acto administrativo”, si bien con moderados ámbitos en progresiva expansión a otras situaciones y pretensiones procesales –bajo marchas y contramarchas–, en el marco de las categorías procesales tradicionales, y consolidado en las últimas décadas¹⁰.

Las categorías tradicionales de legitimación se encontraban centradas en los derechos subjetivos que dificultaban el reconocimiento de la aptitud procesal a otras categorías o situaciones jurídicas subjetivas más débiles, tales como los llamados en las últimas décadas del siglo XX, “intereses difusos” –nótese que de “Kattan” a “Halabi” transcurrieron casi treinta años– encorsetados dentro del estrecho límite propio de los estándares clásicos de “causa o controversia” exenta de tintes de “razón de estado”, arropada ora de “zona de reserva de la administración” o de “cuestiones políticas no justiciables”¹¹.

⁶ Recomiendo la atenta y meditada lectura integral de *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, del Maestro Juan Carlos Cassagne.

⁷ Ver: Coviello, Pedro José Jorge, “Una introducción iusnaturalista al derecho administrativo”, *Revista A&C*, Belo Horizonte, año 13-nro. 54, octubre-diciembre, 2013; “Derecho administrativo y Ética, una visión luego de 35 años”, *Revista Prudentia Iuris*, N° 80, Buenos Aires, El Derecho, 2015.

⁸ Entre muchos otros trabajos, ver: Coviello, Pedro José Jorge, “Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Documentación Administrativa-INAP*, Madrid, Nros. 267-268.

⁹ Coviello, Pedro José Jorge: *La protección de la confianza legítima del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004. La importancia de este especial trabajo reside en que el principio de confianza legítima fue por primera vez estudiado e introducido en Argentina por el Profesor Coviello, mereciendo reconocimiento jurisprudencial y apropiado tratamiento por la Corte Suprema de Justicia.

¹⁰ Corresponde remitirse a la obra del Profesor Ernesto Marcer en su objetivo y certero tratamiento del régimen de demandas contra el Estado. Ver: Marcer, Ernesto, *Demandas contra el Estado. Razonabilidad de las condiciones especiales de su admisibilidad. Un estudio sobre los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para demandar al Estado y el análisis de la constitucionalidad de cada uno de ellos*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

¹¹ En punto a la problemática especial de la legitimación, sus asimetrías en los regímenes provinciales argentinos contrastados con el régimen nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, y relativo a los términos generales del

Así, claramente, para el derecho administrativo clásico cristalizado en las últimas décadas del siglo XX, como derivación de la forma de gobierno democrático representativa cerrada tradicional, el ejercicio de las funciones públicas estatales como lo es la función de control resultaba de resorte exclusivo y excluyente de los poderes del Estado, repeliendo la participación de los particulares y la sociedad civil.

Repulsaba o resultaba incongruente a los cánones clásicos postular la incorporación del particular a ninguno de estos estamentos. Podría pensarse que tal estructura habría quedado superada a partir de los logros que implicaron las muy avanzadas concepciones del Gran Maestro argentino Agustín Gordillo quien, promediando el siglo XX, fue el auténtico precursor del ideario de ubicar el epicentro del derecho administrativo en la persona humana, en el particular –y no ya más en un impersonal administrado–, centrando sus esfuerzos en el desarrollo de una concepción moderna del acto administrativo y las técnicas troncales de expresión cierta y concreta de la cotidianeidad estatal a la luz de la construcción de un método propio y nuevo para el abordaje resolutivo eficaz de nuestra problemática específica.

Sin embargo, a modo meramente ejemplificativo, corresponde decir que en otras latitudes, y más cercanos en el tiempo, tal como reconoce el recientemente extinto querido Maestro Luis Ortega, en el prólogo a la edición española de 1991, de la célebre obra *Derecho Administrativo*, del Gran Jurista italiano Massimo Severo Giannini, dio cuenta de ese estado de situación al señalar: “[...] la hipervaloración del sistema de garantías jurisdiccionales frente a la actuación administrativa, que lleva incluso a cuestionar la existencia de un espacio propio al Gobierno como órgano estrictamente constitucional, ha focalizado el derecho administrativo español en las técnicas de control y del proceso contencioso. Sin embargo, el derecho administrativo tiene también como fundamento el integrar las técnicas precisas para que la Administración pueda llevar a cabo las finalidades de interés general que le son encomendadas por el ordenamiento. Un ordenamiento, recordémoslo, de raíz democrática, que resalta los intereses políticos y sociales de las mayorías parlamentarias, y de voluntad intervencionista en la remoción de los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Cuando nos encontramos en el ámbito de la potestad, que tiene en frente la delimitación de la esfera de actuación del particular, nos hemos preocupado de activar derechos reaccionales frente al exceso administrativo. Cuando nos encontramos en el ámbito de la prestación [...], nos hemos preocupado de activar derechos reaccionales frente al defecto de actuación. Y cuando nos encontramos ante meras actuaciones o ante la programación, nos preocupamos de posibilitar técnicas reaccionales frente a la irregularidad del procedimiento. Hacemos todo ello, porque seguimos teniendo, como único patrón de legitimación de Ley”. Y reconoce luego: “Sin embargo, cada vez dejamos más en el ámbito de la Ciencia Política o en la Ciencia de la Administración, el proceso de legitimación funcional de la Administración, con lo que estamos renunciando, desde el derecho administrativo, a dotar a la Administración

contencioso administrativo argentino integralmente considerado, corresponde remitirse a la obra del Profesor Fernando García Pullés, *El contencioso administrativo en la Argentina*, Ts. I y II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

de los instrumentos para actuar en el seno de la sociedad, no sólo frente al individuo, y de una sociedad compleja, no homogénea, con intereses contrapuestos, aunque cada interés cuente con un reconocimiento de tutela pública, y cuya composición hay que legitimar en el proceso de toma de decisiones”¹².

Reflejo de esta concepción se encontrará en el desarrollo de las principales instituciones abordadas por dos de los Grandes exponentes del derecho administrativo italiano: Massimo Giannini y su discípulo, Sabino Cassese. Allí se aprecia el estudio de un derecho administrativo signado por el cariz organizacional, en tal suerte que el abordaje de los derechos reviste la calificación de “reaccional” y el estudio de la legitimación procesal del particular se lo enfoca desde la concepción del denominado “sujeto pasivo de la potestad administrativa”.

Así, el Capítulo Decimotercero, “Los Ciudadanos y la Administración”, de *Las bases del derecho administrativo*, del Maestro italiano Sabino Cassese, resulta ilustrativo, al reconocer: “Siempre ha sido muy limitada la parte dedicada al ciudadano o, más en general, al particular, sea éste persona física o jurídica, en la ciencia del derecho administrativo. Hasta mediados de siglo, el particular aparecía presentado como ‘sujeto pasivo de la potestad administrativa’. De él se analizaban algunas posiciones [...]. Todavía hoy no falta quien se detenga sobre estos aspectos [...]. Como ya se ha señalado, en relación a la Administración-autoridad, el particular no ostentaría situaciones de derecho subjetivo sino de interés legítimo [...]. Por otra parte, no ha cesado sino que, al contrario, se ha reforzado la preocupación de proteger a la Administración frente a los intereses sociales sectoriales, que son tanto más fuertes cuanto que, con la modificación de la posición constitucional de los ciudadanos, los grupos, cárteles, asociaciones de intereses, etc., logran ‘capturar’ a las Administraciones públicas, plegándolas a sus propios intereses. De aquí se deriva la exigencia de introducir complicados contrapesos. En un sitio, para hacer a las Administraciones públicas más sensibles a las directrices políticas; en otro, con un fin opuesto, para hacerlas más independientes. En un sitio, para abrirla a la representación directa de los intereses sociales; en otro, en contraposición, para defenderla frente a éstos. Ello hace que la estructura y el funcionamiento administrativos sean complejos y que sea difícil su estudio. La aspiración a una Administración más eficiente, que sirva mejor a la colectividad, pero que deje, al mismo tiempo, más libertad a los ciudadanos, permanece insatisfecha”¹³.

Las transcripciones de los pasajes de las obras de Giannini y Cassese en la traducción de Ortega son elocuentes pues reflejan el estado de la cuestión en otras latitudes, a más de dos décadas atrás, revelando la formulación de una estructura de pensamiento clásico para la cual el objeto central de estudio se centraba en la organización de los estamentos administrativos y las técnicas de actuación de las Administraciones públicas.

¹² Ortega, Luis, “Prólogo a la Edición Española”, en Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, Volumen Primero, Madrid, INAP, 1991, pp. 14, 15.

¹³ Cassese, Sabino, *Las bases del derecho administrativo*, Traducción Luis Ortega, Madrid, INAP, 1994, pp. 365 y 373.

El arquetípico análisis desde el sistema de poder en el cual la referencia a los derechos es de naturaleza “reaccional”, enmarcando los límites de la actuación estatal legítima y la razonabilidad de sus decisiones, y planteando, en parejo orden, la necesidad de un abordaje cuidadoso en tutela del interés público—situado en el ejido de una administración vicaria—cuando de la confluencia de la actuación público-privada se trataba. De allí entiendo la necesidad de llevar adelante el plan de investigación formulado, para procurar una cuidadosa aportación a la ciencia jurídica, poniendo en especial consideración el vallado que, en orden al desarrollo progresivo de los derechos tal como formulé, aún persiste en muy afianzados, respetables y reconocidos sectores doctrinarios y jurisprudenciales tributarios del pensamiento clásico o tradicional del derecho administrativo.

En el imperio clásico del procedimiento administrativo tradicional, a los particulares solo se les reconocía el derecho a peticionar. Éste, acaso, se proyectó en el principio cardinal del debido proceso adjetivo plasmado en el Decreto Ley de Procedimientos Administrativos del nivel federal de nuestro país en 1972.

Mucho ya han trabajado sobre estos temas y desde la óptica clásica los principales exponentes de la doctrina nacional —al igual que sus discípulos a través de las escuelas formales e informales que han creado—, por lo que poco o nada cabe agregar.

En parejo orden, los autores más actuales ya tratan a los derechos de participación y acceso como evolución natural del derecho a peticionar. La actualidad, entonces, invita por un lado a la revisión y por el otro a la reflexión por los nuevos confines. Inciertos. Siempre inciertos. Acaso una evolución y una revisión que, en nuestras latitudes, no sería extraño nos conduzca o retrograde al mismo punto de inicio.

III. Hitos evolutivos

A la evolución cristalizada en el régimen de procedimientos administrativos se llega tras un punto de quiebre discursivo con la métrica clásica.

Corresponde decir que la formulación de una nueva metodología de estudio y análisis del derecho administrativo la encontraremos por primera vez en la obra de Agustín Gordillo quien, con formidable sistematicidad wagneriana, puso punto final a una métrica abstracta de comprensión del derecho administrativo y con elegancia, a través de su exquisita pluma de tinte armonioso pero sin ornamentación, aventando los riesgos de una confrontación estéril con la vieja escuela, inauguró una nueva forma de comprensión, análisis y reflexión directa sobre la realidad administrativa focalizada en el abordaje conducente de los problemas concretos del intérprete jurídico sobre el caso concreto. Con superlativa coherencia analítica y discursiva. Y para ello, ya desde sus primeras obras, operó un consecuente reordenamiento de las prioridades temáticas a abordar en el derecho administrativo, incorporando cuestiones, materias y perspectivas nuevas de abordaje destinadas a facilitarnos una comprensión contextualizada del núcleo de discusión real en cada caso y sus cuestiones subyacentes.

El propio Maestro así lo planteó ya en su introducción a su célebre obra, *El acto administrativo*, de 1963, al explicitar que “en el estado actual del derecho administrativo argentino y mundial, hemos creído innecesario insistir en algunas discusiones y principios

ya suficientemente analizados por la doctrina existente, y hemos considerado en cambio que puede tratarse de continuar la obra realizada, en otros sentidos todavía no desarrollados plenamente. En ese aspecto, parécenos conveniente (salvo en el caso de los actos de gobierno, en el cual hemos vuelto a intentar un ataque frontal) realizar una tarea que complemente lo ya construido, antes de que se superponga a ello”¹⁴. Y un año atrás, en 1962, su celebrada *Introducción al derecho administrativo* principió su prólogo estableciendo: “[...] hemos querido presentar, más que una cartilla de nociones elementales, un instrumento de análisis para la materia [...] creemos casi necesario que una obra de introducción al mismo no se limite, como decimos, a expresar algunos principios, sino que intente transmitir una vivencia de las vicisitudes porque atraviesa y ubicar al lector en el centro mismo de la materia a fin de que pueda comprender en una mejor perspectiva su contenido [...] en lugar de partir de definiciones hemos buscado llegar hacia ellas, tratando de hacer un argumentar continuado que lleve a quien esto lea al razonamiento y a la crítica, tanto de las ideas ajenas como de las nuestras [...] es la mejor forma de que el propio lector [...] se vaya considerando como un actor más en el análisis, antes que como mero espectador”¹⁵. Valgan estas citas como muy afectuoso homenaje al Maestro de toda una generación pensante.

A partir de estos hitos, será válido destacar que recién sobre mediados de la década de 1980 comenzó a visualizarse en nuestra doctrina al particular como “colaborador de la Administración”, siendo destacable una publicación del Profesor Guido Tawil en la Revista *La Ley*, por entonces y luego a través de su extensa obra¹⁶. También por entonces tuvieron lugar los primeros *Amicus Curiae*, pero en sede penal.

III.1. Escenarios de transformación y expansión

La expansión tangible de los derechos recién comenzó a hacerse parcialmente visible bien entrada la década de 1990¹⁷ con la reforma constitucional argentina, si bien nos encontramos lejos de la evolución deseada. Recién sobre finales de siglo XX y durante los

¹⁴ Gordillo, Agustín, *El Acto Administrativo*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. Reimpresión como Libro II del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. V, Buenos Aires, FDA, 2012, p. EAA-9.

¹⁵ Cfr. Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho administrativo*, 1ª edición, Buenos Aires, Perrot, 1962. Reimpresión como Libro I del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. V, Buenos Aires, FDA, 2012, p. IADA-9.

¹⁶ De muy especial consideración resulta auscultar el pensamiento del profesor Guido Tawil condensado en su prolífica obra. En especial, me remito a: Tawil, Guido, *Administración y justicia: examen y reflexión en torno a algunos aspectos del alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993; *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

¹⁷ Corresponde remitirse al pensamiento del profesor Eduardo Merteikian en punto a las transformaciones operadas sobre el derecho público argentino en las últimas décadas. Entre sus múltiples aportaciones, se recomiendan especialmente las siguientes obras: Merteikian, Eduardo, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007; *Administración financiera y control*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1997; *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996, al igual que sus numerosos trabajos.

primeros años de este—aún flamante—siglo XXI comenzaron tímidamente a asomar sutiles contornos que posibilitarían ensayar distinciones entre los derechos de petición, los de participación y los de acceso, sea a la información pública o a las funciones públicas.

Al abrigo de estos desarrollos, siempre difusos, fragmentarios y parciales, comenzaron sobre mediados de la década de 1990 con tinte homogéneo en el espacio iberoamericano algunas prácticas de participación ciudadana¹⁸. Y se intensificaron a partir del año 2000 por intermedio de algunos interesantes ejemplos institucionales tales como la Carta Compromiso con el Ciudadano, la auditoría ciudadana y la jerarquización constitucional de los presupuestos participativos—especificados en la Constitución porteña de 1996— junto con desarrollos de instituciones de elaboración participada o elaboraciones participadas de normas y bases y condiciones contractuales. Respecto de ésta última es frecuente citar en sus albores —o protohistoria— la inclusión de las técnicas de *data room* en los pliegos de privatización de corredores viales a principios de 1990.

Por esto, recién promediando la segunda década del siglo XXI es posible visualizar una interacción o retroalimentación parcial de los derechos de petición, participación y acceso en su conexión con la gestión pública; sin duda, como natural avance del hito evolutivo cristalizado en la reforma constitucional argentina de 1994.

Quiero expresar lo siguiente: la especificación de derechos fundamentales en la reforma constitucional, ciertamente, obedeció a los desarrollos logrados hasta ese momento. A modo de ejemplo podría establecerse que desde la incorporación al ordenamiento interno de la Convención Americana de Derechos Humanos—con la reinstauración democrática de 1983—se transitaron varios hitos jurisprudenciales que determinaron, acaso, como necesaria derivación su jerarquización en la reforma constitucional. Ahora bien, lo propio corresponde decir que aconteció desde 1994 hasta el presente.

Las nuevas racionalidades de la Constitución reformada de 1994 y sus legitimidades afincadas en las ratios de los derechos humanos, apoyados sobre la dignidad de la persona humana¹⁹, con más el impacto de los postulados de la democracia deliberativo participativa sobre las fórmulas constitucionales clásicas democrático representativas cerradas, sumados a las nuevas formas de actuación del campo del poder sobre un ámbito más amplio de dinámica de los intereses públicos de corte *mercadocentrista*, nos advierten sobre un cambio de época²⁰. Más aún si consideramos la incidencia de la fenomenología de la mundialización y globalización en sus diversas manifestaciones difícilmente reductibles²¹.

¹⁸ Ver: Sánchez-Sánchez, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

¹⁹ Ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 y complementar en: “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones públicas”, *LL* 18 y 19-1-2018, entre las numerosas aportaciones del autor.

²⁰ Ampliar en: Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

²¹ Ampliar en: AA. VV., Silva, Jorge Alberto (Coordinador), “Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional”, *CDMX*, IIJ-UNAM, 2013; Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo jurídico del neoliberalismo”, *CDMX*, IIJ-UNAM, 2016.

En lo que nos interesa, a modo enunciativo y no limitativo, es importante reparar en que el modelo de control instaurado acaso resultó una exteriorización del llamado “Consenso de Washington”, que sobre finales de la década de 1980 propiciaba la implementación de un conjunto de reformas “estándar” administrativas y estatales para los países en desarrollo azotados por la crisis. Se impuso mediante políticas públicas a nivel mundial, fundamentalmente a los países en desarrollo para la liberalización de la economía mundial mediante el disciplinamiento fiscal y el redireccionamiento del gasto público, la liberalización de las barreras a la inversión extranjera directa, la privatización de las empresas estatales y la desregulación en fomento de la competencia.

El célebre trabajo del economista John Williamson lo resumió en diez puntos: 1) disminuir el déficit presupuestario y jamás recurrir a la inflación para financiarlo; 2) el gasto público se debe apartar de aquellas áreas que reciben recursos desproporcionados en relación con los beneficios económicos que se producen, tales como los subsidios en gasto social; 3) promoción de reformas tributarias para ampliar la base de los ciudadanos que deben contribuir; 4) libre determinación por el mercado de las tasas de interés bancarias y financieras; 5) unificación de los criterios de cambio monetario; 6) liberalizar el comercio mundial a través de acuerdos de libre comercio con reducción de aranceles nacionales; 7) fomento de la inversión extranjera directa; 8) privatización de empresas públicas; 9) eliminación de normas restrictivas de competencia; 10) robustecimiento de la propiedad privada y su protección²². Sin duda que una resignificación de estos postulados provocará que recobren vigor como condicionantes de los sempiternos procesos de endeudamientos soberanos.

Este contexto de transformación, de novedad, operado a más de veinte años, debiera haber verificado una nueva estructura jurídica susceptible de contenerlo, lo que no sucedió con sistematicidad. De allí la conveniencia de proponer la necesidad de un abordaje reflexivo en torno a las formas de superación a la estructura clásica del derecho público, objeto de intensa crítica doctrinaria por su inadecuación para interpretar la nueva realidad²³.

²² Cfr.: Williamson, John, “What Washington Means by Policy Reform”, en Williamson, John, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, Peterson Institute for International Economics, April 1990, Chapter 2; citado por Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo jurídico del neoliberalismo”, CDMX, I.I.J.-U.N.A.M., IIJ-UNAM, 2016, pp. 14 y 15.

²³ Esta cuestión ha sido largamente tratada por el muy apreciado profesor Jorge Luis Salomoni, con quien tuve el honor de colaborar durante todo mi ciclo de formación académica en tiempos de mi maestría desempeñándome como su auxiliar docente en la Universidad de Buenos Aires. Valga pues esta cita como afectuoso homenaje a los años de colaboración docente con él y aprendizaje serio, pero cálido y aventado de distancias y solemnidades. Su generosidad en la transmisión de conocimiento, su abordaje novedoso y crítico hacia el pensamiento clásico al que señalaba frecuentes disfuncionalidades, su apasionamiento por la autenticidad, la originalidad, la novedad y la coherencia, fueron disparadores para quien esto escribe al igual que para numerosos colegas de mi generación. A él muchos debemos el desvelo por la auténtica raíz originaria de nuestro derecho. De él muchos aprendimos la posibilidad de pensar un derecho administrativo inscripto en los cánones de un pensamiento nacional y regional, abierto e inclusivo, democratizador y de raíz identitaria latina e iberoamericana que pueda proponer criticar al derecho dado, y discutir los cánones del derecho del poder desde una hermenéutica humanitaria, desde los derechos y en franca *clave sur*. Su lucidez intelectual coadyuvó de forma trascendental en mi formación y motivó numerosas inquietudes que coronaron en varios de los trabajos e investigaciones que se integran a este libro. Por todo ello es que corresponde remitirme a su obra para el mejor abordaje de las perspectivas trazadas y recomendar la detenida lectura de su *Teoría General de los Servicios Públicos* (Buenos Aires, Ad Hoc, 1998).

Y las contradicciones resultantes de tal sustitución han sido salvadas—y modulado su discurso— a través de argumentaciones de autoridad que, no obstante, dejarán al descubierto múltiples desconexiones generadoras de otras tantas disfunciones. De allí que acaso numerosas teorizaciones —viejas y nuevas— en la materia se hayan limitado a un tinte descriptivo—modulado en argumentos de autoridad—, por las que desde siempre se propone centrar el estudio de esta materia desde las formas de poder imperante pero prescindente de la previa consideración de una teoría del poder desde la cual se procure explicitar los fundamentos de legitimidad y técnicas de actuación de un sistema de poder dado.

III.2. Globalismo e internacionalización

El enorme impacto de la fenomenología de la internacionalización sobre el derecho administrativo a través de sus manifestaciones en materia económica, de integración y en los derechos humanos, operado desde las últimas décadas del siglo XX al presente—y aún con actual resignificación—, ha sido brillantemente incorporado por el Maestro Agustín Gordillo a los distintos planos de análisis y comprensión de nuestra especialidad, atravesando integralmente su obra²⁴ e incidiendo sobre la doctrina argentina más calificada preocupada en desarrollar el impacto de esta cuestión sobre los sistemas administrativos particulares. Si bien excede en mucho la formulación de un detalle de autores y obras, a los fines de esta aportación inicial resultaría ajustada ejemplificación del cuadro expuesto—sin demérito de una considerable producción de alta valía intelectual— la remisión al pensamiento de los destacados Profesores Titulares de la Universidad de Buenos Aires, Carlos Balbín y Fernando García Pullés, plasmado en su producción reciente.

En su *Curso de derecho administrativo*—primero, luego en su *Tratado*—, el Profesor Carlos Balbín advertirá sobre las distintas manifestaciones del derecho comunitario y global, sobre el nuevo derecho administrativo como mixtura del derecho público y privado, acerca del impacto de los tratados internacionales sobre las técnicas troncales del derecho administrativo y, en todo ello, interpretará las nuevas racionalidades del derecho público actual proyectando los nuevos principios fundantes de la legitimidad administrativa.

Por su relación con algunas *ratios* de mi trabajo, destaco su abordaje sobre el principio democrático y el principio de participación que inspirará distintos pasajes de su obra²⁵.

Explicitará que “en el contexto jurídico internacional existe un bloque propio de derecho administrativo en permanente crecimiento y desarrollo y en ciertos casos con redes muy

²⁴ Ver detenidamente: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, en especial en: T. 1, Parte General: Capítulo II, “Pasado, presente y futuro en el Derecho Administrativo”, Capítulo III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del Derecho Administrativo”; Capítulo IV, “Condicionantes económicos y financieros del Derecho Administrativo. Crisis y cambio” (ver: T. 7, Sección II, Cap. VIII); T. 2, “La defensa del usuario y del administrado”: Sección IV “La protección de los derechos”, Capítulos XVI, “La justicia administrativa internacional”, XVIII, “El arbitraje administrativo internacional”; Sección V, “La responsabilidad por violación de los derechos”, Capítulo XXII, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”; T. 11, “Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo”, Sección I, “El problema en general” (www.gordillo.com).

²⁵ Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 94 y 229.

claras con el derecho local y, en otros, decididamente anárquico y desprendido de los derechos nacionales. El dilema es entonces cómo integrar ese campo y el nuestro”, luego, que “el concepto de pirámide jurídica debe ser fuertemente matizado [...] y más aún tras la Constitución de 1994”, para lo cual se dedicará a un conceptuoso análisis sobre el impacto de los tratados internacionales distinguiendo jurídicamente a los que cuentan con jerarquía constitucional de los otros tratados pasibles de incorporación, incorporando la fenomenología de la integración comunitaria a la materia y dedicándose luego a la especial situación de los tratados económicos que, no obstante carecer de rango constitucional, revisten una singular trascendencia jurídica susceptible de trastocar las bases de sustentación del derecho administrativo nacional²⁶.

Entre los múltiples cuestionamientos que nos propondrá el destacado autor, la cuestión de la internacionalización bien la entiendo condensada en su invitación a preguntarnos: “¿Cuáles son las competencias que el Estado puede delegar en las organizaciones supraestatales? O ¿cuál es el valor normativo de las disposiciones dictadas por los órganos que integran esas organizaciones en el derecho propio de cada Estado?”²⁷.

El abordaje científico del impacto de la internacionalización como novedad mereció centralidad en el pensamiento del Profesor Fernando García Pullés, en su obra *El contencioso administrativo en la Argentina*, al destacar que el impacto de los tratados internacionales sobre las categorías fundantes de la jurisdicción contencioso administrativa determinaba que “el horizonte resulta particularmente diverso cuando se enfrenta la cuestión desde la perspectiva de los derechos del hombre, que según ha destacado la jurisprudencia sólo ‘reconoce’ el derecho positivo, pues en verdad surgen de la naturaleza misma de la persona [...] Desde tal perspectiva debe admitirse [...] es claro que la competencia del Poder Judicial de la Nación, cuando un ciudadano reclama por la violación de sus derechos fundamentales, no surge de la ley sino de su propia dignidad como persona, o en el peor de los casos, de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido elevados a jerarquía de norma constitucional”²⁸.

En su obra *Lecciones de Derecho Administrativo* se adentró en las centralidades de la crisis del Estado soberano entendida como una “crisis de operatividad, porque ya no funciona como entidad de realización de las vidas de sus ciudadanos; pero es igualmente una crisis de legitimidad [...] el signo político más importante de nuestros tiempos es, sin lugar a dudas, el paso del Estado autosuficiente al Estado integrado, de la soberanía a la integración, del monopolio de la creación jurídica a la adscripción a fuentes internacionales de producción de normas [...] En todo caso, es seguro que la transformación del principio de soberanía nacional, tanto en el ámbito de la sujeción a principios generales del derecho de vigencia internacional, como en el campo de la integración regional, es de una evidencia tal que no puede ser ya cuestionada con bases que no fueran meramente dogmáticas [...] Ese cambio no sólo ha operado ‘desde arriba’, esto es: a través de la sujeción de la soberanía

²⁶ Autor y obra citada, pp. 224, 247, 283 en adelante.

²⁷ Autor y obra citada, p. 290.

²⁸ García Pullés, Fernando, *El contencioso administrativo en la Argentina*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 8 y 9.

estatal a principios, organismos y tribunales transnacionales que de algún modo subordinan a sus ordenamientos positivos. También se ha concretado ‘desde abajo’, porque los sujetos se desvinculan cada vez con mayor evidencia de su condición de nacionales, desprecian el sentido de las ‘fronteras políticas’ y se identifican cada vez más con una condición común que los hermana por encima de sus diferencias y los obliga a examinar la realidad de modo diverso, la condición misma de persona humana”²⁹.

Esta orientación—en progresiva y franca superación de los cánones clásicos que imperaron hasta finales del siglo XX— entraña riesgos de reedición de un derecho del poder desde formas más sofisticadas a través de nuevas manifestaciones de *soft law*³⁰ y *lex mercatoria*³¹.

Modernas aportaciones doctrinarias³² nos advierten que el modelo de estado westfaliano afinado en el tradicional estado-nación, caracterizado por la centralización del poder identificado en un gobierno sobre una población y un territorio, afirmado sobre una democracia representativa que brinda legitimidad a un poder real, muchas veces, erigido en poder formal, ha sido sustituido por una nueva forma de ejercicio del poder real disgregado del

²⁹ García Pullés, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pp. 7 y 8.

³⁰ Se explica que el denominado derecho suave o débil como expresión “no posee en el ámbito internacional un significado unívoco sino que, por el contrario, diferentes incluso son los criterios para calificarlo y definir su ambiguo y difuso contenido a punto tal que bajo tal denominación se encauzan actos jurídicos heterogéneos sin contenido obligatorio (no vinculante jurídicamente), tales como instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, códigos de buen gobierno”. Implica una privatización del poder regulador estatal. Así se ha dicho que “puede constatare cómo en las últimas décadas, las normas nacionales, convencionales e institucionales han reafirmado el poder de autorregulación de los particulares en el ámbito comercial yendo mucho más allá de la mera potestad de elegir el derecho aplicable y el juez competente, operando sobre la concepción misma de las relaciones jurídicas. Por otra parte, en el ámbito contractual, el progresivo ensanche del concepto de arbitralidad, en tanto las partes pueden utilizar normas elaboradas por organismos privados (*lex mercatoria*) o por organismos públicos pero desprovistos de carácter vinculante, planteando sus controversias ante particulares (árbitros) con la complacencia de los Estados y organizaciones internacionales públicas” [cfr.: AA. VV., Silva, Jorge Alberto (Coordinador), “Estudios sobre la *lex mercatoria*. Una realidad internacional”, CDMX, UNAM-III, 2013, pp. 17-18].

³¹ Se ha dicho: “La nueva *lex mercatoria* aparece en el escenario a partir de la crisis de funcionalidad de la justicia ordinaria de la forma-Estado y del creciente activismo económico, político y normativo de las grandes corporaciones económicas, identificándose con el renacimiento del neoliberalismo (liberalismo economicista). De esta forma, la nueva *lex mercatoria* se presenta como el campo jurídico en el cual los agentes del mercado, operando en calidad de *moral entrepreneurs* de la sociedad, crean las condiciones más congruentes para conseguir un nuevo orden universal finalmente autorregulador del mercado. Así, ésta *lex* es continuamente reclamada como el ejemplo más completo de lo que se entiende por *global law* [...] nace y se desarrollan como respuestas a necesidades más o menos análogas: asegurar la libre circulación de los resultados de la producción [...] encuentra facilidades en el proceso de separación entre economía y derecho [...] y que tiene inicio a pesar de la unificación del poder político y de la monopolización del derecho por parte del Estado [...] hoy es vital porque compete con el derecho estatal, tiene mayores actores y mayor complejidad [...] La *lex mercatoria* consiste en una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio juris* de su vinculación jurídica [...] comprende un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias que van elaborando paulatinamente los socios en los intercambios comerciales que no tienen referencia a un concreto sistema jurídico nacional y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y asimismo precisan e incluso elaboran para ellos” (Autores y Obra citada, pp- 10-11.9).

³² Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo jurídico del neoliberalismo”, CDMX, IJ-UNAM, 2016.

poder formal y solo ocasional o fragmentariamente identificado a él. No es un Estado transnacional porque no es una forma superior ni conlleva verticalidad. Tampoco las principales decisiones que afectan las condiciones de vida de las sociedades son tomadas por representantes electos. Por el contrario, el poder se encuentra deslocalizado en agentes económicos o en actores institucionales internacionales que prescinden de la legitimación democrática. Las decisiones nacionales más importantes no se adoptan ni se discuten en el seno de las sociedades locales o nacionales sino en instancias externas. Se opera una relajación de la relación entre soberanía, territorialidad y poder político. Los procesos de globalización encuentran así las siguientes notas distintivas: se acuerdan y se definen por elites económicas y políticas; en los procesos de globalización no participan las personas, quienes resultan reducidas a meros espectadores. No solo carecen en esta instancia superior de derechos de participación o acceso –y menos aún de petición–, sino que paradójicamente en pleno siglo XXI se les margina del ejercicio de los derechos de representación que, a estos efectos, resultan innecesarios y prescindentes por el poder real. Precisamente, porque los procesos de globalización condicionan o reconfiguran –de arriba hacia abajo– a los procesos internos de los Estados, puesto que su objetivo es vehicular con la mayor efectividad posible el desarrollo de todos los instrumentos disponibles para la máxima liberalización del comercio mundial. De allí que la soberanía –política o jurídica– remanente solo pervive en tanto funjan como instrumentos útiles al servicio de la actual hegemonía transnacional. El Estado nación sigue siendo necesario, no desaparecerá pero sí en cambio estará subordinado a difusos órdenes globales. En este contexto es entonces imperioso volver a pensar los derechos, nuevamente, como único límite frente al poder real y, en ello, la reconfiguración de los nuevos procesos democráticos con aptitud suficiente para atender esta nueva realidad multilateral en la cual el aseguramiento de instancias de acceso y participación parecieran ser una alternativa posible³³.

III.3. Los derechos en expansión. Del modelo representativo cerrado a la apertura participativa

Lo dicho revela la importancia de pensar desde los derechos los distintos órdenes de cuestiones que nos plantea la fenomenología de la internacionalización³⁴ y las distintas manifestaciones de la globalización y el derecho global. Precisamente porque estas formulaciones

³³ Autor y obra citada, pp. 12, 13, 35, 36. Ampliar en: AA. VV., Von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José María (Coordinadores), “Soberanía y estado abierto en América Latina y Europa”, CDMX, IJ-UNAM, 2014; Twining, William, *Derecho y Globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003; Von Bogdandy, Armin, “Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional”, CDMX, IJ-UNAM, 2011; Prieto, Gustavo, *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones*, Quito, UASB-Corporación Editora Nacional, 2013.

³⁴ Sobre la internacionalización en el derecho argentino, ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, “Internacionalización del derecho y desafíos compartidos”, en AA. VV., *Desafíos del Derecho Administrativo argentino en la actualidad*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008; “El control de la Administración pública y el reto de la incorporación de los criterios internacionales en materia de protección de los derechos humanos”, JA 2009-I-370 - SJA 11-3-2009.

son prescindentes de los derechos. En rigor de verdad, los derechos no son incluidos en un orden nuevo sino que son fruto de deliberada conquista en toda nueva ordenación del poder.

Por eso hoy la teorización de los derechos públicos y la formulación de un nuevo sistema de derechos efectivos comprende una doble tarea formal: la superación de los cánones clásicos en el terreno público nacional y la búsqueda de los nuevos cauces adecuados de expresión de una realidad global³⁵ dentro un largo contexto de paradojas democráticas³⁶.

Los derechos, hoy, debieran orientarse a una prospectiva aperturista de un derecho administrativo cuyos fundamentos de legitimidad bien podrían enraizarse en profundidad dentro de un sistema de los derechos que podrían visualizarse reactualizados a través de una mayor apertura con inclusión de nuevos ámbitos de actuación y materias comprendidas a través de la multilateralización de los procedimientos y procesos de formulación y ejecución de los intereses públicos y políticas públicas, bajo cariz dialógico, con expansión de su legitimación procesal, redefinición de los procedimientos de formulación, ejecución y control de la gestión, expandiendo los ámbitos de manifestación de las expresiones de los individuos y de la sociedad civil, las organizaciones sociales y el sector privado con consecuente desarrollo de una mayor intensidad en la especificación de las formulaciones y peso específico de los derechos y, en todo ello, con el progresivo desarrollo de técnicas que otorguen robustez a sus garantías instrumentales, a modo de coherente desarrollo progresivo de un renovado *derecho a las garantías*.

³⁵ Como plantea Cárdenas Gracia: “Los juristas estamos obligados a denunciar los déficits de legitimidad democrática y de transparencia del nuevo derecho de la globalización [...] Nuestra tarea es la de desenmascarar a las nuevas categorías jurídicas [...] que afectan la garantía plena de los derechos humanos y de los principios y procedimientos democráticos, y proponer categorías y conceptos jurídicos que sean consecuentes con los derechos humanos y la democracia. Es preciso mundializar el constitucionalismo. La pregunta difícil de contestar es cómo materializarlo. Es decir, qué tipo de acciones concretas debemos realizar para lograr esa mundialización” (autor y obra citada, p. 36).

³⁶ Recuerda Zagrebelsky, “Hemos recordado ya las ‘promesas incumplidas’ de la democracia de las que habló Norberto Bobbio. La lista de las desilusiones es larga [...] la revancha de los intereses corporativos que asfixian el interés general; la persistencia de oligarquías económicas, políticas y de otra naturaleza; el espacio limitado que la democracia ocupa no habiendo conseguido penetrar en todos los ámbitos de la sociedad; el poder oculto que contradice la exigencia primordial de que el poder público se muestre completamente en público y que ha llevado a hablar incluso de un ‘doble Estado’, uno visible y otro invisible; la apatía política [...] Hablamos de videocracia como consecuencia de la creciente concentración a nivel mundial y nacional de la comunicación política; de plutocracia, determinada por la asunción de poder político en las manos de unos pocos detentadores de desmesuradas riquezas personales; y de cleptocracias, cuando las riquezas son fruto de actividades ilícitas. Se asiste con un sentido de impotencia al desarrollo, de dimensiones hoy planetarias, de la organización de los intereses industriales y financieros del actual capitalismo en un mercado que claramente escapa al control de los poderes políticos nacionales, admitiendo que aquellos pretendan poner reglas y controles y no se limiten simplemente a la connivencia. El aumento de las desigualdades y de las injusticias a escala mundial alimenta la asimilación de los regímenes democráticos a las plutocracias; y de aquí la identificación de la democracia – ideal universal – con un régimen nuestro, de los fuertes y de los ricos que en ocasiones creen poder imponerse con el instrumento típico de los prepotentes: la guerra” (Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 114 y 115).

La historiografía jurídica reciente revela que este iter prospectivo luce como más afín a tiempos en los cuales se va abriendo camino a una redefinición humanitaria e inclusiva de los fines y métodos del Estado³⁷ junto a una tendencia hacia la mayor democratización posible del lenguaje jurídico que hasta no hace mucho tiempo lucía más propio de una criptocultura que de un mecanismo de control de la sociedad civil a las racionalidades del poder.

En mi opinión, presente y futuro del derecho público debiera discurrir a través de un enfoque en el que se entrelace con efectividad y certeza a las instituciones y técnicas del derecho administrativo con más el reconocimiento de una estructura dialógica y democrática³⁸ de los derechos en general y, en especial, de los de participación y acceso. Por aquí discurre, en mi opinión, la nueva legitimidad de los derechos³⁹.

Dotados de contenido específico y operatividad, asequibles al individuo y sociedad civil, y que por ello resulta superador de los tradicionales fundamentos de legitimidad del derecho administrativo clásico para cuyo cuño esta mirada resultaría, sino imposible, de muy difícil concreción.

³⁷ Ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, trabajo citado: “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones públicas”.

³⁸ Según Zagrebelsky, “la democracia es un diálogo paritario y, si quiere seguir siendo tal, debe desarrollarse deponiendo todo instrumento de presión. En primer lugar, la presión material, como la que viene de la violencia y de las armas; y, en segundo lugar, también la presión moral, como la que se puede ejercer en la relación asimétrica de autoridad-sujeción que se crea cuando las relaciones entre padres e hijos, entre maestros y discípulos, degeneran en autoritarismo [...] La democracia es la única forma de régimen político que respeta mi dignidad en la esfera pública, me reconoce la capacidad de discutir y decidir sobre mi existencia en la relación con los demás [...] El lema de la democracia no puede ser otro que éste: ‘Respetar la dignidad del prójimo como la tuya propia [...] propia’ [...] La democracia no es algo independiente y fuera de nosotros [...] no promete nada a nadie, pero exige mucho de todos. No es un ídolo sino un ideal que se corresponde con una idea de la dignidad humana. Su recompensa está en su realización. Si estamos desilusionados es por la ilusión sobre la facilidad de la tarea. Si hemos perdido confianza es porque desconfiarnos de nosotros mismos” (Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, *op. cit.*, pp. 113, 114, 115).

³⁹ Corresponde remitirme *in totum* al pensamiento de la Profesora Miriam Ivanega –con mi especial afecto y gratitud por sus enseñanzas y permanente consejo– cuando, con su extraordinaria claridad expositiva, al tratar el impacto del principio participativo, dice: “En realidad, este principio se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas y se instaló en diversas dimensiones del vínculo entre los gobiernos y los ciudadanos. La participación forma parte del proceso denominado ‘gobernanza’, que marcó cambios en las sociedades y en los poderes públicos [...]. Como el protagonismo de los poderes públicos cede frente a la integración de la sociedad a los asuntos estatales, este proceso de participación de los particulares, los grupos sociales y las instituciones coadyuva en la formulación de la acción política. En consecuencia, la actuación política se engarza con los múltiples actores públicos y privados en una dinámica de interacción e interdependencia. Se supera la exclusividad de la gestión de los asuntos públicos por parte de los poderes públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad y se reconoce la pluralidad de agentes sociales que participan y cooperan en la toma de decisiones, en la gestión, en la evaluación y en las responsabilidades” (Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª edición actualizada, Capítulo IV, 9. “La participación ciudadana”, *op. cit.*, pp. 142 y 143).

Y aprecio más palpable de concretar este trabajo a partir de algunas formas de actuación del derecho administrativo sobre las que se opera una clara visualización constitucional, precisamente, por la mayor percepción de entrelazamiento entre las *ratios* de la democracia representativa y participativa que, apriorísticamente entiendo, impacta en mayor o menor grado sobre varias instituciones que abordaré.

Desde esta óptica es que mi interés se afincó siempre en temas nuevos y en nuevas perspectivas sobre otras instituciones tradicionales del derecho administrativo; intentar nuevos abordajes; cuestionar verdades dadas; pensar la posibilidad de un derecho desde los derechos y no más desde el poder.

III.3.1. Los derechos emergentes

Busco jerarquizar determinados temas muy enraizados en derechos nuevos o emergentes y, al mismo tiempo, proponer una revisión de algunas instituciones tradicionales desde el sistema de derechos porque es el medio por el que entiendo posible reconfigurar la actuación administrativa en pos de rescatarla de su opacidad.

Procuró, en cada escrito, un pensamiento desde una óptica diferente en el entendimiento de un derecho público como técnica de equilibración de desigualdades. Como un instrumento realmente útil.

Es que el poder se retroalimenta, repele al control, a la participación del particular – visualizada como una concesión disponible a voluntad– y al derecho y genera un resorte autolegitimador. El derecho del poder cuyo objeto es reducir, debilitar y aislar las técnicas de operación de los derechos. Y los desconecta de las garantías, al tiempo que lo excluye de los núcleos de actuación real.

El punto de inicio, entonces, lo advierto en la discusión de ciertos temas, solo en apariencia desconectados, pero que se orientan a una *puesta en valor* que entiendo adecuada a estos tiempos.

De allí que el anhelo de búsqueda de un nuevo entrelazamiento entre poder y el sistema de los derechos que propicia mi trazado se orienta a intentar diseñar incentivos institucionales que posibiliten, por un lado, optimizar el potencial de la organización administrativa y, por el otro, fortalezcan las condiciones de operatividad de los derechos nuevos y viejos en una impronta abierta, participativa, que progresivamente van trastocando a los anteriores mecanismos cerrados propios del modelo representativo.

Un ejemplo grafica lo expuesto; hoy, la tecnología hace cada vez más posible una mayor y mejor inserción de las personas en el tiempo real del quehacer público. Ello determina la superación de los condicionantes fácticos que casi doscientos años atrás movieron a coronar un sistema representativo cerrado condensado en el *brocardo* del Artículo 22 constitucional de que el pueblo solo delibera y gobierna mediante sus representantes.

Acaso este estadio de transición entre una democracia representativa cerrada a una abierta, asentada en la ideación de la rendición de cuentas con la fórmula representativa, a modo de marco conceptual, concurra a una resignificación o reedición de la Cláusula XV

de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en el *brocardo*: “La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”⁴⁰.

Podrían aventurarse varias inferencias en torno a las conexiones de esta cláusula y, al mismo tiempo, a alguna de las razones que le privaron de efectividad. Es que, acaso, embrión de lo que hoy conocemos como derechos de participación y acceso al mismo tiempo y quizás por esos mismos motivos haya sido tan resistida, como igualmente lo es hoy la vinculatoriedad y efectividad de los mecanismos participativos.

Porque es la raíz que permite el reconocimiento de la efectividad de la intervención individual o de las minorías en los asuntos públicos y, con ello, un freno o una interdicción a la manipulación de las mayorías masificadas que a lo largo de nuestra historia han resultado instrumentadas, ora por poderes reales, ora formales, mediante múltiples formas de dominio.

Desde la originaria prescindencia de las voluntades individuales mediante el fraude electoral institucionalizado entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, pasando por el personalismo y el mesianismo que reinó por buena parte del siglo anterior, y llegando a las exquisitas formas de subliminalidad mediática de albores del siglo XXI, siempre las mayorías masificadas uniformemente conducidas y cercadas dentro del bocardo *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes* han fungido como los mejores legitimantes de un único poder hegemónico de acepción múltivoca. Porque, insisto, el poder repele a la intervención individual o de las minorías inconformistas; más aún si resultan ilustradas.

Es que la actuación individual de las personas no masificadas a través de su intervención concreta es la que permite vehicular aquella representación de progreso graficada por José Ingenieros en 1925, al aventurar que “la capacidad de iniciar las variaciones necesarias, presionando la voluntad social, suele ser privilegio de hombres selectos que se anticipan a su tiempo. Todo progreso histórico ha sido y será obra de minorías revolucionarias que reemplazan a otras minorías, ante la inercia pasiva de los más obedientes [...] Cada variación implica un desequilibrio de los intereses creados y tiende hacia un nuevo estado de equilibrio [...] el desequilibrio de un régimen se inicia por insurgencias individuales no exentas de peligro, por cuanto importan un desacato al conformismo convencional; si esas variaciones corresponden al devenir efectivo, los ideales nuevos que las inspiran encuentran ecos centuplicadores, clarean espíritus, ensamblan voluntades, hasta que la minoría renovadora adquiere capacidad para presionar a la mayoría neutra y quita al fin del contralor del Estado a la minoría enmohecida ya por la rutina”⁴¹. Esta ideación en contra de un hegemónico monopolio de la verdad como fruto de la voluntad general, tan cara a las ciencias políticas, ha sido y es objeto de múltiples teorizaciones que exceden a los modestos propósitos de estas aproximaciones pero que enraízan con el pensamiento de Carlos Nino.

⁴⁰ Ampliar en: Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 1995; Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2002; Pantoja Morán, David, “La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución”, CDMX, IJ-UNAM, 2017.

⁴¹ Ingenieros, José, *Las fuerzas morales*, libro de 1925 publicado póstumo en 1926, 4ª edición, Buenos Aires, Losada, 1970, pp. 104 y 105. Incorporar la cita: “La herencia social es pasiva resistencia de inconscientes mayorías” y “El progreso es un resultado de la lucha entre la variación y la herencia”, p. 106.

El paso al siglo XXI a través de los derechos es acorde a un momento en el que se intentan ampliar los confines de efectivización de las técnicas de empoderamiento de la sociedad *vis a vis* las *ratios* de *accountability* posibles. Precisamente, porque coadyuva en que la gestión pública se vuelva tangible, útil, verdaderamente integrada por parte de los reales destinatarios del quehacer estatal y, por todo ello, controlable por los actores que resulten legitimados directos de una sociedad integralmente considerada en todos sus estratos⁴².

La discusión actual por un derecho administrativo compatible con las *ratios* de democracia representativa abierta, nutrida de participación efectiva orientada al reconocimiento de una nueva estructuración jurídica aperturista e inclusiva de cara a la sociedad civil⁴³ también parte por considerar la evolución acaecida a partir de la segunda mitad del siglo XX con la puesta en boga de fenómenos masivos que dieron lugar a expresiones que tradujeron fórmulas colectivas –genéricas o específicas– de reclamación de equidad o uniformidad de la mediación pública. Los movimientos sociales y urbanos de finales de la década de 1960 podrían servir de marco en el cual graficar lo expuesto.

III.3.1.a. El derecho a la Ciudad

Un buen ejemplo de ello podría encontrarse en las progresivas manifestaciones de *El derecho a la ciudad* y su plasmación –acaso fragmentaria e inacabada– en diversos textos constitucionales e instrumentos internacionales.

La originalidad del planteo de Henri Lefebvre⁴⁴ es un buen punto de constatación del inicio de estos movimientos. Profundizando los términos de la crítica al funcionalismo – y desde una perspectiva fuertemente ideologizada–, el padre de *El derecho a la ciudad* planteó una crítica de la ideología urbanística partiendo del profundo entramado social acaso encriptado en la afirmación de que *es más fácil construir ciudades que vida urbana* y lo entendió como la posibilidad y la capacidad de los habitantes urbanos marginales de crear y producir la ciudad como un efector de derechos sociales y no como un mero objeto inerte de planeamiento urbano.

⁴² Ampliaren: Gutiérrez Colantuono, Pablo, “El control social”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 403, Buenos Aires, Ediciones Rap, y “Apuntes sobre ciudadanía y esferas públicas”, *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2012. Ver: Paúl, Álvaro, *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM, 2017; “Problemas actuales sobre Derechos Humanos. Una propuesta filosófica”, AA. VV., Saldaña Serrano, Javier, Coordinador, México, IJ-UNAM, 2017.

⁴³ Sobre los términos del apuntado encuadre finalista recomiendo abreviar en el pensamiento y obra de la Profesora Miriam Ivanega en los siguientes trabajos: *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, *op. cit.*, especialmente en sus Capítulos II y IV; “Diseño y determinación de políticas públicas: su control judicial”, en AA. VV., *Cuestiones de control de la Administración pública, Administrativo, legislativo y judicial*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010; Ivanega, Miriam M., “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.

⁴⁴ Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Ed. Península, 1967; *Espacio y política. El derecho a la ciudad II*, Barcelona, Península, 1976.

El planteamiento constituyó un hito—actualmente reactualizado—por múltiples razones pero, en lo que nos interesa, porque comportó una sustitución de la confrontación —y su dialéctica— por un sesgo dialógico mediado en las múltiples formas de la participación de la sociedad civil como instrumento promotor de un cambio a la vez pacífico y de mayor eficacia.

Precisamente, porque Lefebvre concibió esta formulación denominada “derecho a la ciudad” como un proyecto de sociedad —allende acepciones jurídicas— para lo cual entendía que debía promoverse en la sociedad civil una finalidad de recreación de la ciudad como parte de una “misión” común y colectiva⁴⁵, solo asequible mediante modelos participativos, de mediación social.

A través de sucesivas reapropiaciones conceptuales, la genética de una nueva estructuración de los derechos puesta en evidencia por intermedio de las manifestaciones del derecho a la ciudad cobra singular trascendencia.

Más cerca en el tiempo y dentro del contexto globalizado de los fenómenos de gentrificación⁴⁶, elitización⁴⁷ o rehabilitación urbana, baste considerar la concepción de David Harvey⁴⁸, quien asumió el concepto como la posibilidad de transformar y recuperar la ciudad como bien común destinado a contribuir a restringir los efectos urbanos de la apropiación del espacio.

O desde la óptica de Edward Soja⁴⁹, al comprender el derecho a la ciudad desde nuevas dimensiones espaciales de la diversidad y multiculturalidad, como el género, lo étnico, lo cultural que evidencian la diversidad de formas de experimentar la ciudad en la que esta formulación se amplía al incluir a los derechos culturales.

O Ana Fani Alessandri Carlos⁵⁰, en su propuesta de un derecho a rehacer la ciudad y la vida urbana que opere como un resorte de empoderamiento ciudadano, tanto para disputar el espacio público urbano arrebatado por el desarrollo inmobiliario, cuanto para concurrir con los efectores estatales en la formulación de las políticas públicas que implementen el repertorio del derecho a la ciudad, para procurar una mayor efectividad de los derechos de petición, participación y acceso de la sociedad civil. Y su plasmación en que incluso toman cuerpo en nuestros días y postulan la evolución de los postulados del derecho a la ciudad para proyectarse como una revolución urbana.

⁴⁵ Laurence, Costes, “Del derecho a la Ciudad de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna, urban”, *Urban*, septiembre 2011-febrero 2012, pp. 89-100.

⁴⁶ Glass, Ruth, *London: aspects of change*, London, Mac Gibbon & Kee, 1964; Castells, Manuel, *La cuestión urbana*, México, Siglo XXI Editores, cuarta reimpresión, 2014.

⁴⁷ García Herrera, Luz Marina, *Elitización: propuesta en español para el término gentrificación*, Barcelona, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales, 2001.

⁴⁸ Harvey, David, *Espacios de esperanza*, Madrid, Akal, 2000; *Ciudades rebeldes. Del derecho a la ciudad a la revolución urbana*, Madrid, Akal, 2012.

⁴⁹ Soja, E., *Posmetrópolis, estudios críticos sobre las ciudades y las regiones*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2000; *En busca de la justicia espacial*, Valencia, Tirant Humanidades, 2010.

⁵⁰ Carlos, Ana Fani Alessandri, “De la ‘geografía de la acumulación’ a la ‘geografía de la reproducción’: un diálogo con Harvey”, *Geocrítica. X Coloquio Internacional de Geocrítica*, Barcelona, 26-30 de mayo, Universidad de Barcelona; “La ciudad como privación y la reapropiación de lo urbano como ejercicio de la ciudadanía”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 493.

También contemporáneamente—entrada la década de 1970—comenzaron a discutirse fórmulas participativas⁵¹ que recién tomarían forma mucho más adelante.

Lo propio podría decirse respecto de las tendencias verificadas durante la década de 1980 y, en nuestro país, con el advenimiento de la primavera democrática al comenzarse a reconocerse la eficacia del accionar, ora oficioso ora efectivo, de las “organizaciones intermedias”, de la “opinión pública” y otras formas de mediación asociativa de la sociedad difusamente percibidas, por ese entonces, como de cauce jurídico en sus cánones tradicionales.

El fenómeno comenzaría a tomar volumen jurídico, aún en una faz inicial, a partir de 1983, mediante ciertos hitos jurídicos que trazaron un indefectible camino—aún en tránsito evolutivo— de transformación de los derechos públicos y su motorización procesal.

Ello se verifica en varios ámbitos. A modo de ejemplo podría mencionarse la lenta y errática apertura de la legitimación procesal contencioso administrativa, a partir de fallos que abrieron progresivamente camino a la expansión de la protección de situaciones jurídicas subjetivas de carácter abierto en materia de derechos e intereses de incidencia colectiva traduciendo la evolución de los procesos individuales a los pluripersonales y colectivos.

La apuntada evolución de “Kattan” a “Halabi” es un buen ejemplo de ello en orden a la progresiva expansión de los alcances de las categorías de legitimación procesal administrativa. En ello se verifica una superación de las tradicionales contradicciones que desde siempre se plantearon entre los derechos colectivos y los individuales.

Aún con todas las dificultades que conspiran contra una apertura en plenitud de la legitimación procesal corresponde reconocer su conexión con el paulatino y también dificultoso reconocimiento de los derechos de participación y acceso.

Es que en una cultura administrativa presidida por el sigilo y el secretismo, tal como largamente explicó el Maestro Agustín Gordillo⁵², todo intento de desarrollo institucional de iniciativas orientadas a la transparencia y optimización de la legitimidad y racionalidad

⁵¹ El Maestro Agustín Gordillo es quien, por primera vez, en 1973, abrió a la platea jurídica hispana la cuestión de la participación ciudadana. Por ello me remito *in totum* a su pensamiento plasmado en *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, 1973. En su célebre *Administración paralela*, explica Gordillo: “Una de las principales causas que hemos señalado [...] para la progresiva deformación del sistema administrativo y la creciente importancia del parasistema, es la inexistencia de control social adecuado de la Administración pública, o sea, la insuficiencia o inexistencia de participación ciudadana [...] Hay al respecto una curiosa paradoja: No existe consenso acerca de la conveniencia de introducir mayores mecanismos de participación, y sin embargo tales mecanismos son a su vez indispensables para provocar consenso y adhesión en la ciudadanía sobre el sistema. Nos hallamos pues en un círculo vicioso de inexistencia de consenso aún sobre la necesidad de que haya mecanismos que generen consenso [...]” (autor citado, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 6, El método en derecho - La Administración paralela, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012).

⁵² Vale la pena recrear algunas de las enseñanzas del Maestro Gordillo trazadas en su célebre *Administración paralela*. Dijo: “La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad. No se trata de que el funcionario público considere que realiza con ello una actividad ilícita: Al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede ‘comprometerlo’” (*Tratado...*, *op. cit.*, T. 6, Libro II, AP-II-9).

de las decisiones resulta cuanto menos “molesto” o “incómodo” a los efectores de poder real y formal, lo cual ha impactado en el alcance de los reconocimientos judiciales en su contrastación con los vericuetos y cortapisas que debieron transitar los actores de cada proceso para efectivizar derechos de participación y acceso⁵³.

IV. El pensamiento inactual del Padre Fundador

A modo de alfa y omega, principio y destino, fundamento y finalidad de nuestro derecho público resulta ineludible auscultar el pensamiento de nuestro Padre Fundador Juan Bautista Alberdi, viendo reflejado en él un homenaje al pensamiento que alumbró de originalidad nuestra primera expresión iuspublicista en los albores constitucionales de mediados del siglo XIX. Enseñaba nuestro Padre como principios cardinales fundantes de un anhelado sistema de derechos, que “la Constitución argentina, como todas las conocidas en este mundo, vio el escollo de las libertades, no en el abuso de los particulares tanto como en el abuso del poder. Por eso fue que antes de crear los poderes públicos, trazó en su primera parte los principios que debían servir de límites de esos poderes: primero construyó la medida y después el poder. En ello tuvo por objeto limitar, no a uno sino a los tres poderes; y de ese modo el poder del legislador y de la ley quedaron tan limitados como el del Ejecutivo mismo”⁵⁴.

De allí que al tratar sobre la libertad nos advirtiera con tinte premonitorio que “todas las libertades económicas de la Constitución pueden ser anuladas y quedar reducidas a doradas decepciones, con sólo dejar en pie una gran parte de nuestras viejas leyes económicas y promulgar otras nuevas que, en lugar de ser conformes a los nuevos principios, sean conformes a nuestros viejos hábitos rentísticos y fiscales de ordinario más fuertes que nuestros principios. Encarnado en nuestras nociones y hábitos tradicionales el sistema prohibitivo nos arrastra involuntariamente a derogar por ley, por el decreto, por el reglamento, las libertades que aceptamos por la Constitución. Caemos en ésta inconsecuencia sin darnos cuenta de ella. Nos creemos poseedores de la libertad económica, porque la vemos escrita en la Constitución; pero al ponerla en ejercicio, restablecemos el antiguo régimen en ordenanzas que tomamos de él por ser las únicas que conocemos y derogamos así el régimen moderno con la mejor intención de organizarlo”⁵⁵.

La razón de ser de este anhelo puede encontrarse –entre muchos pasajes de su obra– en su célebre y visionario discurso de 1880, trazado con motivo de la graduación a los

⁵³ Ver los ya celebrados casos: “Giustiniani” (CSJN, “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF S.A. s/ amparo por mora”, del 10 de noviembre de 2015) o en “CIPPEC c/ EN– M° de Desarrollo Social s/ amparo” (CSJN, el 26-3-2014). Y todo ello va en parejo orden argumental, como sentó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: “Claude Reyes y otros c/ Chile” (sentencia del 19-9-2006, Fondo, Reparaciones y costas), entre varios otros pronunciamientos. O las nuevas definiciones trazadas en el Caso “CEPIS” (“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, 18 de agosto de 2016).

⁵⁴ T. IV, p. 203.

⁵⁵ Alberdi, Juan Bautista, “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en *Obras Completas*, T. IV, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, pp. 185 y 186.

jóvenes abogados de la Universidad de Buenos Aires, al advertirnos con preclara lucidez: “La omnipotencia de la patria, convertida fatalmente en omnipotencia del gobierno en que ella se personaliza, es no solamente la negación de la libertad, sino también la negación del progreso social, porque ella suprime la iniciativa privada en la obra de ese progreso”⁵⁶.

Y en la especificación de esos derechos en materia de –las olvidadas– libertades económicas, nos enseñaba: “La filosofía europea del siglo VIII, tan ligada con los orígenes de nuestra revolución de América, dio a la luz la escuela *physiocrática* o de los economistas que tuvo el mérito de profesar la libertad por principio de su política económica, reaccionando contra los monopolios de toda especie. En medio del ruido de la independencia de América, y en vísperas de la Revolución Francesa de 1789, Adam Smith proclamó la omnipotencia y la dignidad del trabajo; del trabajo libre, del trabajo en todas sus aplicaciones como principio esencial de toda riqueza. A esta escuela de libertad pertenece la doctrina económica de la Constitución argentina y fuera de ella no se deben buscar comentarios ni medios auxiliares para la sanción del derecho orgánico de ésta Constitución [...]. La Constitución es, en materia económica, lo que en todos los ramos del derecho público: la expresión de una revolución de libertad, la consagración de la revolución social de América. La Constitución no intenta hacer del país un mercado; de la República, una bolsa de comercio; de la Nación, un taller. La Constitución argentina ha sido fiel a su sistema de buscar la riqueza por el camino de la libertad; de servir al interés del fisco por medio del bienestar general; de obtener el aumento de la riqueza del gobierno por el aumento de la riqueza de los gobernados que contribuyen a formarla; de agrandar las rentas del Estado por el aumento de las rentas de los particulares; y de someter su inversión a las mismas reglas de prudencia y de buen juicio de que depende el aumento de las rentas privadas. He ahí la cuestión más grave que contenga la economía política en sus relaciones con el derecho público. Un error de sistema en este punto es asunto de prosperidad o ruina para un país”⁵⁷.

La relectura del pensamiento alberdiano y su inspiración debiera ser inexcusable asignatura introductoria en nuestros cursos de derecho público.

Anidan en él tanto los fundamentos de legitimidad de aquél iuspublicismo argentino olvidado, que fue cuna de ese originario destino de grandeza nacional tempranamente trunco y mancillado –que merece ser abordado para comprender el paradójico proceso de gestación y supresión de nuestro sistema–, cuanto las raíces que nos permitirían la búsqueda de una hermenéutica reordenadora de nuestra errática y porosa institucionalidad a partir de una reapropiación contextualizada superadora de la anomia y opacidad imperante⁵⁸.

⁵⁶ Alberdi, Juan Bautista, “La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual”, *Obras Completas*, T. VIII, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, pp. 176-177.

⁵⁷ Alberdi, Juan Bautista, “Sistema Económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853”, *op. cit.*, T. IV, pp. 147, 254, 310, 146.

⁵⁸ Este señalamiento remite al pensamiento de Carlos Cárcova en su muy celebrada obra *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 2006; al explicar el fenómeno existente en nuestra sociedad por el cual desempeñamos roles sociales sin percibir enteramente su sentido, enmarcado en la no comprensión de un derecho opaco.

Como enfatizó José Ingenieros en sus célebres sermones laicos que integraron su opúsculo póstumo, *Las fuerzas morales*, le cabe al Gran Alberdi aquello de que “los forjadores del porvenir son inactuales. Viven en el tiempo más que en el espacio, porque al primero corresponde lo que deviene y al segundo lo que es; no se ensanchan en el hoy, se alargan hacia el mañana, obran en la dirección de lo que va siendo; son audaces arquitectos de culturas, viven en función de lo futuro, pensándolo, predicándolo, amasándolo sin reposar jamás; marchan a la avanzada de sus contemporáneos, prolongándose imaginariamente hasta la etapa inmediata del humano mudar sin término. Si un pueblo es vital y tiene un destino histórico que cumplir, un ciclo que recorrer, sus grandes hombres lo prevén y lo interpretan, anticipándose con el pensamiento a la realidad que otros alcanzarán a vivir”⁵⁹.

Este perfil inactual de Alberdi como forjador de porvenir encuentra representación en el ideario de progreso según José Ingenieros, al decir que “la capacidad de iniciar las variaciones necesarias, presionando la voluntad social, suele ser privilegio de hombres selectos que se anticipan a su tiempo. Todo progreso histórico ha sido y será obra de minorías revolucionarias que reemplazan a otras minorías, ante la inercia pasiva de los más obedientes”⁶⁰.

Y es que “los pueblos que siguen una vida ascendente confían más en los proyectistas audaces que en los guardianes de museos; cuando esa confianza reina en la conciencia social los visionarios del porvenir culminan, como acero atraído hacia la cumbre por el imán de lo que vendrá”⁶¹.

A mi modo de ver, este ideario general –acaso utópico– conecta en parte –inscripto en su tiempo pero en otro contexto y focalizado en la especificidad de los desafíos del juez como intérprete de su tiempo– con el realismo jurídico de Benjamín Cardozo, en orden al alto sitial al que estaba llamado el juez de su tiempo, como efector de progreso, intérprete y promotor de transformaciones sociales concretas⁶².

⁵⁹ Ingenieros, José, *Las fuerzas morales*, libro de 1925 publicado póstumo en 1926, *op. cit.*, p. 109. La energía moral expandida en cada uno de sus treinta y un sermones laicos la elevan al sitial de lectura cívica indispensable que recomiendo con énfasis a toda la comunidad de mis estudiantes en las Universidades Públicas en las que tengo el honor de enseñar. Son un conjunto de reflexiones de un visionario que intenta despertar, no en la mente, sino en el espíritu de sus contemporáneos, el *ánimus* de la perfección y la rectitud, en el que examina los vicios y las virtudes y nos insta a no conformarnos sino a cambiar la historia; excelente antídoto contra la banalidad y la indiferencia. En sus palabras vertidas al inicio del libro, “Advertencia del Autor”, se transmite su prístino ánimo: “Prevalece en todo el concepto de un idealismo ético en función de la experiencia social, inconfundible con los capciosos idealismos de la vieja metafísica. Cada generación renueva sus ideales. Si este libro pudiera estimular a los jóvenes a descubrir los propios, quedarían satisfechos los anhelos del autor, que siempre estuvo en la vanguardia de la suya y espera tener la dicha de morir antes de envejecer”.

⁶⁰ Autor y Obra citados, p. 105, recordándonos a renglón seguido: “El desequilibrio de un régimen se inicia por insurgencias individuales no exentas de peligro, por cuanto importan un desacato al conformismo convencional”.

⁶¹ Autor y Obra citados, p. 110.

⁶² Explica Elisenda de Villamor Morgan-Evans: “Cardozo se inserta en el ámbito de una sociología teórica sin pretensiones filosóficas, más exactamente, dentro de la escuela de la libre interpretación del derecho. No se queda en la mera contemplación de una ciencia jurídica abstraída de la realidad, sino que ante todo pretende construir a ésta como un medio de consecución de realizar la justicia práctica [...] El método de la sociología

Decía: “El juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta. La acción creadora del juez es especialmente indispensable cuando se requiere la adaptación de una regla o principio de las combinaciones cambiantes de acontecimientos”⁶³.

V. Hacia un nuevo punto de partida

Hoy, los déficits del sur acaso solo se hayan actualizado dentro de un contexto de mundialización trazado desde un norte hegemónico. Parafraseando a Capella, un mundo se ha acabado y otro muy distinto largamente ha empezado a surgir⁶⁴. Un orden público global que lleva ya más de medio siglo de evolución difusa y desigual y que toma forma mediante el despliegue de complejas estructuras jurídicas de flexibilización de sus fórmulas, oscurecimiento de sus términos de intercambio y marcada atenuación de los poderes estatales –especialmente los del sur–, que germinan dentro de los espacios de porosidad y permeabilidad estatal.

La nueva dinámica de los intereses públicos interpela y desafía a un derecho público hoy imperceptiblemente rehén de un nuevo derecho del poder que opera bajo el manto de una multiplicidad de desregulaciones y nuevas regulaciones internas y que conforman una

que Cardozo introduce, hace al derecho más flexible dentro de condiciones de utilidad pública [...] el elemento subjetivo del juez influye, debido a su experiencia, a su comprensión de la justicia, su estudio de lo social, sus intuiciones, ignorancias y prejuicios [...] la clave está en el análisis del interés social, en interpretar la conciencia social [...] el reconocimiento del poder de los jueces de modelar el derecho de conformidad a la moralidad vigente, se halla muy lejos de que ello implique la destrucción de todas las normas y su sustitución por el sentimiento subjetivo de justicia, todo lo que exige el método de la sociología es que busque el juez la justicia social”. (Autora citada en “Una aproximación al pensamiento interpretativo de Benjamín Nathan Cardozo”, pp. 444, 445, en www.dialnet.unirioja.es).

⁶³ Cardozo, Benjamín, *The Growth of the Law*, Yale University Press, 1924, pp. 96, 135. Casi dos décadas después, explicaba Edgar Bodenheimer para el hemisferio norte en contra del positivismo de su tormentosamente incierto tiempo de poder hitleriano –1940–: “La jurisprudencia sociológica ha llevado a la Ciencia del Derecho a una relación íntima con los hechos y realidades de la vida social. Ha demostrado que el derecho es un producto de las fuerzas sociales y no, meramente formal, del soberano. Ha subrayado la interdependencia entre el derecho y las demás fuerzas sociales. Fue un error por parte de muchos juristas de la escuela analítica suponer que el derecho podía ser colocado en el vacío y entendido o administrado sin considerar sus finalidades sociales. El abogado, el juez y el legislador de hoy día deben de tener una comprensión amplia de las fuerzas sociales, económicas y políticas que operan en la sociedad contemporánea. En otro caso serán incapaces de hacer frente en forma creadora a los problemas jurídicos que hay que resolver en nuestro tiempo y que no son tanto cuestiones técnicas de procedimiento cuanto problemas fundamentales de política social y económica. El gran mérito de la jurisprudencia sociológica fue haber incitado a los profesionales del derecho a darse cuenta de esta necesidad” (Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence*, New York, Mc Graw Hill, 1940, traducido como *Teoría del Derecho*, traducción de Vicente Herrero, CDMX, Fondo de Cultura Económica, primera edición electrónica, 2012, pp. 314, 315).

⁶⁴ Capella, Juan Ramón, “Reforma constitucional desde abajo”, Revista digital *Mientras Tanto*, 27-6-2018 (www.mientrastanto.org). Nos advierte: “No vendrá en nuestra ayuda, claro es, ningún ángel milagroso. Lo que se pueda ganar, habremos de ganárnoslo nosotros mismos. Eso sí: al tener ante los ojos un cambio constitucional necesario, hemos de saber para qué lo queremos. Pues no es un fin en sí mismo. Y empezar a trabajar, ya ahora, para lo que ha de venir después. Eso exige plantearse también los problemas actuales de la democracia”.

manifestación que tiene una clave de éxito irrefutable: su opacidad y anomia: entendida no como falta de normas, sino como debilidad, contradicción y porosidad del sistema normativo sobre el que opera y que parte de la brecha profunda entre la organización y funcionamiento de esta especial técnica de gestión y la efectiva comprensión que mayormente se posee de ella⁶⁵.

En la era de la sociedad de la información y el conocimiento la cadena de valor es presidida por el dominio de la operatoria por sobre la comprensión de la significancia de aquello que se está operando.

La superación de la anomia originada por la opacidad de este nuevo derecho erigido sobre los pilares de la *nova lex mercatoria* y el *soft law* depende de la comprensión del carácter complejo que nos propone este sistema que opera con dos caracteres: *primero*, de forma especial y dinámica, en la cual el ordenamiento, la norma aplicable, es de libre elección para la parte dominante. Es distinto al derecho interno y estático que conocemos, en el cual el derecho es un dato indisponible. Y, *segundo*, opera de manera difusa proponiéndonos repensar y superar la divisoria de aguas entre el derecho privado y el público.

En este sistema convergen bajo *ratios* de contingencia –de forma no estable ni organizada– elementos que provienen de dos ámbitos claramente diferenciados. El *ámbito paraestatal* de la gobernanza global a través de las técnicas de actuación de su derecho global y de la mundialización uniforme pero no homogénea del derecho de la inversión extranjera bajo *ratios* y atributos operacionales propios y sistémicos provenientes del derecho internacional privado, en las racionalidades del *international business transactions law*. Y el *ámbito supraestatal* con atributos de supranacionalidad, donde toma cuerpo el fenómeno de la internacionalización de los derechos internos a través de elementos tangibles de estructuración similar a las técnicas de actuación del poder público, proyectadas desde los cánones del derecho internacional público y que se visualizan en los sistemas de integración y derechos humanos.

Pensar, entonces, este nuevo contexto nos presupone reflexionar en torno a algunos reconocimientos más arriba anticipados: el emerger de poderes reales que no necesitan distinguir su naturaleza estatal o no estatal y que son productores y aplicadores del derecho, más allá de las formas y los procedimientos estatales y aún en contra de éstos. En la fase actual de mundialización de las relaciones comerciales y de inversión a la que bien le cabe el calificativo de poscapitalismo, los únicos sujetos soberanos son los representantes de los flujos transnacionales de conocimiento y capital dotados de extraterritorialidad, invisibilidad e impersonalidad y no los Estados nacionales ni las fórmulas de integración.

Siguiendo a Capella, vemos que existe un enorme vacío de democracia en el contexto del mundo globalizado. Precisamente porque los efectores del poder real actúan de una manera inequívocamente antidemocrática: las decisiones que más afectan a nuestras vidas

⁶⁵ Ampliar en Cárcova, Carlos, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 2006.

se toman sin contar con la voluntad de los afectados. La voluntad popular se queda fuera. La democracia corre serios riesgos de verse reducida a una cáscara vacía, con derechos débiles sin efectividad⁶⁶.

Para terminar, hay un escenario esperanzador. Si bien no hay vuelta atrás en la globalización, lo cierto es que la gobernanza global y el trastocamiento de los centros de poder unido a la crisis de representación democrática nos anuncian la proximidad de una nueva instancia fundacional del sistema de derecho.

Es, además, una excelente oportunidad para permitir un cambio, en palabras de Capella, sobre esa intermediación social y proyectiva a la que llamamos política, para la que ahora es preciso abrir caminos nuevos, internacionalizarse y crear instituciones democráticas de participación efectiva de la sociedad civil, sensibles a la complejidad y a las desigualdades que nos plantea el nuevo modelo⁶⁷.

Por eso creo en un pensar desde los derechos. El siglo XXI aún en ciernes nos renueva un escenario para el cual es preciso reformular nuestras técnicas de mediación de los intereses desde y para las personas y a través de la sociedad civil.

Cierro estas primeras reflexiones para dar paso a la lectura de mis trabajos con una invocación al siempre vigente pensamiento de Gilles Delleuze, para así recordar, junto con él: “Es sencillo buscar correspondencias entre tipos de sociedad y tipos de máquinas, no porque las máquinas sean determinantes, sino porque expresan las formaciones sociales que las han originado y que las utilizan. Las antiguas sociedades de soberanía operaban con máquinas simples, palancas, poleas, relojes; las sociedades disciplinarias posteriores se equiparon con máquinas energéticas, con el riesgo pasivo de la entropía y el riesgo activo del sabotaje; las sociedades de control actúan mediante máquinas de un tercer tipo, máquinas informáticas y ordenadores cuyo riesgo pasivo son las interferencias y cuyo riesgo activo son la piratería y la inoculación de virus. No es solamente una evolución tecnológica, es una profunda mutación del capitalismo”⁶⁸.

⁶⁶ Capella, Juan Ramón, “Cambiar el país”, Revista digital *Mientras Tanto*, 28-3-2016 (www.mientrastanto.org).

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Delleuze, Gilles, “Post-scriptum sobre las sociedades del control”, en *Conversaciones 1972-1990*, p. 153 (www.philosophia.cl). Profetizaba varias décadas atrás: “[...] en la actual situación el capitalismo ya no se concentra en la producción, a menudo relegada a la periferia tercermundista [...] es un capitalismo de superproducción [...] lo que intenta vender son servicios, lo que quiere comprar son acciones. No es un capitalismo de producción, sino de productos, es decir, de ventas o de mercados. Por eso es especialmente disperso, por eso la empresa ha ocupado el lugar de la fábrica. Un mercado se conquista cuando se adquiere su control, no mediante la formación de una disciplina; se conquista cuando se pueden fijar los precios [...] Ahora el instrumento de control social es el *marketing*, y en él se forma la raza descarada de nuestros dueños. El control se ejerce a corto plazo y mediante una rotación rápida, aunque también de forma continua e ilimitada. El hombre ya no está encerrado sino endeudado. Sin duda, una constante del capitalismo sigue siendo la extrema miseria de las tres cuartas partes de la humanidad, demasiado pobres para endeudarlas, demasiado numerosas para encerrarlas: el control no tendrá que afrontar únicamente la cuestión de la difuminación de las fronteras, sino también la de los disturbios en los suburbios y los ghettos” (pp. 153 y 154).

**II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

**APUNTES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL
CONCEPTO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA VIGENCIA DE LOS
PRINCIPIOS JURÍDICOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
HOMENAJE AL PROFESOR DON JORGE FERNÁNDEZ RUIZ**

*“Este propósito mínimo, hacer realidad los derechos del ser humano,
es, precisamente por su sencilla elementalidad, el más grande
y difícil que puede hacerse el ser humano”.*
(Hanna Arendt, *La tradición oculta*)¹.

Exordio o del “encuentro”

1. Encuentro. Para mí, esa es la palabra clave de todo mi homenaje a Don Jorge. Encuentro con él, encuentro con todos ustedes gracias a él. Encuentro entre estudiantes y de estudiantes con maestros y de maestros con sus maestros. Encuentro del Derecho con la Ciencia y la Moral y de éstas con la Política, el Estado y, en todo ello, entronización del encuentro en y para la Justicia, gracias a él. Otra palabra hubiese sido magnanimidad en su sentido más “tomista”. La virtud que, entiendo, más lo representa. Pero no. Porque a él no le hubiera gustado. Simplemente porque, debido a su magnanimidad, le agradan poco los elogios, pues el elogio sería personal, no reconocería otredad y no dejaría lugar al resto y, en cambio, él es Luz y Guía, un *sol* que alumbra el camino de numerosos peregrinos sin opacarlos. Por el contrario, él los ilumina.

¹ Arendt, Hanna, *La tradición oculta*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 74.

2. Don Jorge abre *surco* e invita a todos a la libre, igualitaria y enorme tarea de abrir sus propios surcos. Algo propio de los verdaderos Maestros, pues –como dice Enrique Mariscal– para llegar a Maestro se debe alcanzar la maestría y no la obediencia a determinada persona; la luz brillará en la mente libre del predominio de otra mente. Fina estampa, ésta, que tan bien lo representa. Precisamente, jamás encontraremos en él vestigio alguno de esas tiranías éticas o intelectuales ejercidas por personas autoritarias que no toleran percepciones ni juicios que no sean exactamente como las de sus propios criterios.

Por el contrario: él es una escuela de vida que nos enseña a aprender a convivir con lo distinto. Aprendemos de él, en su ética, que es en la armonía de las diferencias, donde la vida ofrece, generosamente, sus ofrendas más bellas.

Y, también, por la felicidad que irradia en cada encuentro sostenido en su larga trayectoria, validamos en él el aforismo: *Elija para su vida una tarea que le resulte casi un juego y no enfermará, ni se jubilará.*

Tengo entonces para mí que en el encuentro con Don Jorge se cumple –en él y por su intermedio en ustedes– el anhelo de amistad tan bellamente graficado por el célebre escritor chino Lin Yutang: “Quiero para mí, algunos buenos amigos que me sean tan familiares como la vida misma, con los que no necesite ser cortés, capaces de citar a los grandes filósofos, espiritualmente ricos y que puedan hablar de poesía con igual sinceridad; que tengan aficiones claras y una opinión definida sobre la gente y las cosas; que tengan sus creencias particulares y respeten las mías”.

3. Sucede que *toda vida real es encuentro. El encuentro no se da en el tiempo y el espacio sino que el espacio y el tiempo se dan en el encuentro*, como enseñaba Martin Buber.

Don Jorge me hizo el gran honor –entre tantos otros– de venir a mi tierra –lo hizo muchas veces pero ésta fue muy especial para mí– a presidir el memorable Encuentro Franco-Argentino-Mexicano sobre Protección del Patrimonio Cultural, declarado de interés público, avalado por el Teatro Colón, abarrotado de concurrencia estudiosa y distinguida entre la que se contaba tanto con nuestro decano saliente –el querido y recientemente extinto Profesor Atilio Alterini– y la decana recientemente electa, primera en su género en el cargo y muy destacada Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos, la Profesora Mónica Pinto.

Ese encuentro, dentro del cual se discutieron variados aspectos vinculados con la historia de nuestra ciencia administrativa y nuestra identidad jurídico americana en común lo sostuvimos en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 29 de septiembre de 2009, fecha en la cual la Legislatura de mi Ciudad lo consagró a él como su Visitante Distinguido. Dejó allí Don Jorge una única huella indeleble. Y sin saberlo ninguno de los presentes, Don Jorge dejó inaugurada la enseñanza del patrimonio cultural en mi Facultad. Cristalizaría ello, entre variados frutos, en el primer curso que comencé a dictar al poco tiempo.

Muy cara a mis afectos es entonces la asignatura escogida para homenajearlo a través de algunas breves reflexiones sobre la construcción histórica de la Administración

pública y algunas de sus técnicas de actuación. En honor a sus enseñanzas y a aquella memorable conferencia que él nos pronunciara en nuestra querida Facultad de Derecho. Vamos pues y sin más rodeos –tal como le gusta a él– a su encuentro.

PARTE PRIMERA: EL CONCEPTO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE ALGUNAS DE SUS TÉCNICAS

I. Introducción

El punto de partida de mis reflexiones lo constituye la afirmación de la necesidad de iniciar un relectura y un replanteo de las categorías desde las cuales se elaboraron las teorías de la organización y el control administrativo, porque su formulación tradicional– inexplicablemente aún vigente– es ya obsoleta, contradice los postulados fundantes del derecho a la buena Administración, resultando oclusivas del real mandato que pesa sobre la Administración pública en tanto vicaria y coadyuvante en la procura de la dignidad humana. Todo ello, a su vez y desde una óptica sistémica, determina que los tradicionales pero actuales contenidos normativos sean disfuncionales, pues se integran fragmentariamente al plano histórico-fáctico destinado a regir, y con ello no satisfacen enteramente el mandato de las normas constitucionales.

Prueba de ello lo constituyen los contornos difusos que presenta la identificación actual de lo que debe y no debe entenderse por Administración pública. En su noción subjetiva como organización que pende del Poder Ejecutivo, resulta inaprensible dada la existencia de estructuras burocráticas en los otros Poderes, la existencia de otras formas de gestión pública realizada por sujetos privados con más la rémora del proceso privatizador de la década de 1990 que encuentra hoy coexistiendo, por un lado, a personas jurídicas privadas que ejercen cometidos públicos al amparo de contratos de concesión, licencias o permisos anudados al fragor privatizador y, por el otro, a nuevas pero distintas formas de empresas estatales ahora conformadas como sociedades anónimas de un solo socio–el Estado–, que no obstante cumplir cometidos estatales paradójicamente se encuentran sometidas al derecho privado y exentas del derecho público –y, por ende, de los postulados tradicionales de la organización administrativa.

Pues bien, esta breve y frugal presentación ya de por sí posee aptitud kafkiana, pues hoy, utilizando la teoría tradicional de organización administrativa, es muy difícil comprender qué es y qué no es Administración pública. Más difícil aún será determinar cuándo una actividad se comprende dentro de la imprecisa noción de “función administrativa”.

A lo expuesto se agrega la falta de coordinación entre las organizaciones públicas, las formas privadas de actuación de lo público –sociedades anónimas estatales y privadas destinadas al cumplimiento de cometidos administrativos– y su consecuente falta de mecanismos y técnicas procedimentales de articulación e intermediación con los particulares²,

² Situación advertida décadas atrás, en pleno fragor privatizador, por el sector más tradicional de la doctrina argentina. Así, el Dr. Juan Carlos Cassagne, al explicar las distinciones entre las personas públicas estatales

puesto que un punto que no trataré por exceder pero que sí debe mencionarse es que ésta obsolescencia de la teoría de la organización administrativa impacta sobre el procedimiento administrativo volviéndolo también obsoleto. Y todo lo anterior, sin dudas, ocluye la utilización de toda técnica tradicional de control sobre la Administración pública pensado también dentro de una concepción tradicional y estática.

Las circunstancias descritas son significativas de la insuficiencia de las normas y los principios fundantes de la teoría de la organización y control aplicada en nuestro país. Sin embargo, una visión más amplia del panorama nos indica que la dimensión del problema es aún mayor y alcanza a otras latitudes.

Así, en la introducción a su libro, *Eficacia y Administración*, el catedrático español Parejo Alfonso iniciaba décadas atrás su exposición sobre las reformas administrativas españolas, con una descripción que se adecuaba a los términos descriptos. Decía: “Cualquier reflexión actual sobre la Administración pública debe partir y ser consciente del clima de desorientación e incluso confusión que se padece en la materia. Las causas de la desorientación son variadas, pero entre ellas destaca el cuestionamiento hoy del Estado, y la paralela reafirmación, como paradigma, de la sociedad civil, con postulación de la retirada de aquél a favor de dicha sociedad”. Asimismo, en la presentación refiere: “[...] en muy breve tiempo el sujeto central y razón de ser del derecho administrativo, la Administración pública, ha experimentado cambios que forman parte de un proceso aún no concluido en tanto que parte del más amplio de transformación social y del Estado al que estamos asistiendo. Los datos más significativos son el peso adquirido por la actividad económica y la asunción progresiva de responsabilidades en nuevos sectores de alta sensibilidad social. Tales datos hacen realidad la crisis del Estado y de lo público, y su teorización como factor clave de la vida social”³. Esta situación se profundizó en nuestro país, por un lado, debido a la progresiva reasunción estatal de cometidos abdicados durante la década privatizadora y, por el otro, por las implicancias jurídicas de las acciones asistenciales directas del Estado que intensificaron las estructuras y categorías conformadoras de un verdadero derecho social administrativo, pero bajo el mantenimiento de las viejas estructuras jurídicas. De por sí, se crea un clima de confusión.

y no estatales, señalaba: “[...] existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la Administración pública, sea porque el legislador las creó en ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal [...] dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público”. Más adelante destaca el cúmulo de dificultades que presenta el criterio de que la composición del ente por capital estatal lo defina como público. Así, señala: “[...] este criterio resulta con relación a las personas jurídicas públicas, cuando menos impreciso, teniendo en cuenta la dificultad para caracterizar como estatal el capital de una entidad y las posibles transferencias accionarias que puedan realizarse durante la vida de la entidad, lo cual supone un régimen cambiante e inorgánico”. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1991, p. 174.

³ Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y administración, tres estudios*, Madrid, INAP, 1995.

Sin lugar a dudas que el cuadro de situación descripto pone en evidencia que las desconexiones e imprecisiones existentes en torno al contenido organizacional de lo que debe entenderse como Administración pública, su rol, sus cometidos y sus fines, obedecen, entre otros componentes, a la inutilidad de buscar un concepto único totalizador de todas sus formas y predicable en todo tiempo y lugar. En realidad, la comprensión de qué es y qué no es hoy la Administración pública solo se comprenderá, pienso, tras una labor mediante la cual se reconozca su existencia y la consecuente evolución de sus técnicas a lo largo de la historia. De allí la importancia de establecer sus contornos históricos, desde los cuales pueda luego abordarse su desarrollo y evolución en nuestra temprana historia y la gestación del concepto en el derecho patrio argentino. Por esto es el carácter inicial de este trabajo y su justificación, pues se procurarán establecer algunas breves precisiones sobre la construcción histórica de la Administración con referencia a la aparición de algunos de sus principios organizativos y potestades de intervención.

II. La construcción histórica de la Administración pública

El derecho administrativo y la Administración son ante todo un producto de compleja evolución histórica; y como todo fenómeno jurídico, solo desde allí pueden ser comprendidos⁴. Sin embargo, al lector no se le escapará la polémica de trasfondo político que ha enfrentado a los autores que piensan que el estudio histórico del derecho administrativo solo puede partir de la Revolución Francesa de 1789, a otros que invitan a partir de etapas más alejadas en el tiempo por entender que es en ellas y no en la “Revolución” cuando se gestan las técnicas propias de la materia.

No es mi propósito ahondar en estas disquisiciones, puesto que excederían del objeto de esta colaboración, pero sí, muy someramente, pasar revista para resaltar la necesidad del dimensionamiento histórico situado de la materia en aras de comprender los ápices sobre los cuales se erigió la Administración contemporánea.

II.1. Antigüedad

Revisando la obra de los historiadores, Giannini⁵ señala que las dinastías del Imperio Medio faraónico cuidaron de modo particular la “organización administrativa” del país, teniendo noticias de “funcionarios”, los cuales nos han legado importantes documentos sobre el “alto nivel administrativo” que había sido alcanzado; o bien que una de las razones

⁴ Hay un número creciente de autores que sostienen que categorías como derecho administrativo - Administración pública han existido siempre. En nuestro país, Agustín Gordillo identifica derecho administrativo con el surgimiento de la noción de “Estado”. El mismo autor anoticia la existencia de la corriente doctrinaria comparada que descubrió normas de derecho administrativo en el derecho romano. (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., T. I, Fundación de Derecho Administrativo, p. II-1. Con cita asimismo a Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, 1964, y otros autores).

⁵ Giannini, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, INAP, 1991, pp. 37 y sigs.

por las que el Imperio persa aqueménida no tuvo una vida efímera fue la adopción de una “organización administrativa territorial-militar” perfeccionada, siendo nombrado para cada circunscripción un sátrapa del que dependían numerosos órganos. También el Imperio bizantino tuvo la agudeza de conservar “la excelente organización administrativa” de los romanos y de perfeccionarla hasta el punto de que hasta ellos se remonta la adopción de la estructura organizativa del “ministerio”.

Quien se detenga en la historia de Roma verá el nacimiento de numerosos atributos que más tarde se consolidarían como integrantes de la potestad, en especial, la reglamentaria. En este sentido, en las *Institutas* de *Gaius* se revela que la *constitutio principis* es lo que el emperador establece por decreto, epístola o edicto. Y aquí en germen de lo que posteriormente evolucionará hacia el principio de legalidad, aclara la obra que “jamás se ha dudado que estas decisiones tengan fuerza de ley puesto que es ésta la que le confiere al emperador su poder”. Asimismo, esta noción de poder es conocida como *imperium*, el cual es un protoantecedente de lo que muchísimo más adelante en la historia se plasmará como la fuerza ejecutoria del acto administrativo. Estos conceptos resultan aprehendidos en la siguiente fórmula recogida por Ulpiano: “Aquello que es la voluntad del príncipe tiene vigor de ley ya que por la *lex regia*, llamada también de imperio, el pueblo le ha concedido toda potestad”⁶.

Enseña, luego, que uno de los méritos que más a menudo se atribuye a renombrados gobernantes desde Carlomagno hasta Napoleón I es el de haber tenido unas “capacidades administrativas” fuera de lo común y el de haber “reformado la Administración”; y entonces se les atribuye la paternidad de alguna “institución administrativa” hoy todavía existente en Europa, y seguramente –por extrapolación– en nuestras latitudes.

II.2. Edad Media

El catedrático español Santamaría Pastor principia su análisis histórico a partir de la Alta Edad Media⁷. ¿Por qué la elección de esa etapa?

Explica el autor que ello se justifica en la necesidad de abarcar el ciclo histórico completo de la estructura política del “Estado” desde la perspectiva de los caracteres generales y formas de ejercicio del poder. En efecto, el ciclo histórico se inicia en un momento en que la precedente estructura política –el imperio romano– se ha derrumbado: el poder se halla disperso en múltiples unidades sociales, tornándose la vida política y jurídica muy débil y desformalizada. El territorio del imperio se fragmenta en reinos, gobernados por las élites militares de los pueblos germánicos. El aparato estatal romano, si bien se mantuvo en un primer momento, desaparece luego en virtud de un proceso de dispersión interna del poder que alcanzaría su máximo nivel a fines del siglo XI.

⁶ La fórmula se establece en la obra de Ulpiano, *Institutas*, I, 2, 6, citadas asimismo por Gaius, *Institutas* (ver traducción de Di Pietro, Alfredo, Librería Jurídica, La Plata, 1967).

⁷ Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 71 y sigs.

Indica el autor que es el siglo XII el momento en el cual comienza el desarrollo de la reconstrucción del poder en el seno de cada uno de los reinos, y que acabará triunfando con la implantación del período moderno. Esta evolución quebrada del sistema del poder le permite dividir su estudio en dos fases: la primera, de dispersión y deterioro del sistema institucional heredado del mundo antiguo, que llega hasta fines del siglo XI, y que es conocido como la “Alta Edad Media”. La segunda, iniciada en el siglo XII, al producirse en el mundo del derecho y las instituciones públicas un profundo movimiento de renovación, y que es conocida como Baja Edad Media. Dentro de esas fases se distinguen los fines, las organizaciones, y el régimen jurídico.

De esta forma, en la primera etapa aprecia el autor el núcleo de una incipiente Administración central: el *officium palatinum*, integrada por oficiales que inicialmente prestaban funciones estrictamente domésticas en la casa del Rey. Más adelante se forjan rudimentarios instrumentos jurídicos del Poder Público, los cuales son el germen de las potestades genéricas del Rey. El *ban* o *bannus* era el acto mediante el cual el Rey ponía bajo “especial sujeción” a determinadas personas o lugares, amenazando con severas sanciones a quienes hiciesen violencia contra ellas. El concepto evolucionó a todo mandato o prohibición emanada de una autoridad pública, así como a las sanciones aplicables por su incumplimiento⁸. Especial interés merece señalar el tipo de vínculo anudado entre el Rey y sus súbditos dentro del sistema feudal; el Rey posee un complejo de potestades tasadas y concretas que por influencia de la monarquía francesa serán denominados *jura regalia* o regalías. No son derechos de dominación propiamente dichos, sino que se adquieren mediante el “pacto feudo-vasallático” inherente al derecho de propiedad, basado en consecuencia sobre derechos de naturaleza económica⁹.

Las breves apreciaciones expuestas permiten descubrir en esta época una embrionaria conformación del sistema de prerrogativas, si bien limitada, desde que el poder público se funda en una “potestad doméstica” en función de la cual la alocución Administración - *administratio regni* (de los textos carolingios) principia por ser un dominio real que la asemeja a la Administración de un propietario sobre su patrimonio¹⁰: la Administración pública coincide con una Administración privada.

⁸ Santamaría Pastor, *op. cit.*, p. 81. Señala que la producción jurídica de estos siglos es escasísima. La exégesis de los textos legales se resume a la elaboración de unas cuantas versiones parciales de algunos textos de la codificación de Justiniano. Entre los autores solo pueden mencionarse a Jonas de Orleáns y sus *De institutione regia* y *De institutione laicali*; Hinckmar de Reims, con sus obras: *De ordine palatify* y *De regis persona et regis ministerio*.

⁹ Según lo expuesto, para Santamaría Pastor las regalías son sin duda una de las instituciones capitales en la historia del derecho público (*op. cit.*, pp. 79, 80). Sobre el punto conviene ampliar en la obra de Chevallier, *Le pouvoir royal a la fin du XIII siecle. Les droits regaliens*.

¹⁰ Sobre el tema y respecto de la fórmula de la *administratio regni* se recomienda ampliar en C. Chevrier, *Remarques sur l'introduction et les visitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les oeuvres des anciens juristes francaises*, Paris, Archives de Philosophie du Droit, 1952.

II.2.1. Breve mención de la influencia del Papado

En cuanto a la evolución institucional de las estructuras políticas de lo que luego serán los Estados europeos, el punto de partida será el mencionado proceso de minimización del poder monárquico por “ese ente unitario que es la Cristiandad gobernada por la diarquía Papado-Imperio”¹¹, fuertemente establecida desde la era de Carlomagno. Tal proceso alcanza su clímax con la “reforma gregoriana” por la cual la Iglesia sentó las bases de una organización político-administrativa moderna, que luego imitarían las monarquías nacionales. Esto se evidenció en dos extremos: la conversión de la Iglesia en un poder político supranacional invistiendo al Papado de un auténtico poder directivo, y el empleo sistemático del derecho como técnica de organización política y su dominación. De aquí tiene su inicio la formulación inicial de la noción de jerarquía como principio jurídico de organización administrativa y una de sus herramientas por antonomasia: la avocación; técnicas que serán luego desarrolladas y proyectadas a través de la evolución del derecho eclesiástico.

II.3. La reforma y los antecedentes del Estado Moderno

La reforma tendría como efecto el surgimiento de un conflicto entre Papado-Imperio que se prolongaría por más de tres siglos, culminando con el agotamiento de ambas potencias, el surgimiento de estamentos nacionales, y la consolidación monárquica como vértice de la organización feudal. Se da nacimiento al “Estado estamental”¹², antecedente directo del “Estado Moderno” de principios del siglo XVI.

¿Cuál es su importancia en el proceso de conformación de la Administración?

Por la virtualidad que para el desarrollo de las potestades administrativas tendrá el principio de la *raison d’Etat*¹³, que atiende, ante todo, al principio de la posibilidad y de la *necesity*; germen de lo que luego serán las potestades discrecionales.

¹¹ Es la expresión utilizada por Santamaría Pastor, *op. cit.*, p. 85. El énfasis es puesto por el autor para resaltar la evolución *ad extra* de la posición de las monarquías nacionales en cuyo surgimiento encontrara los decisivos basamentos de lo que más adelante será el derecho público decimonónico. Este proceso de concentración del poder lo explica en los siguientes términos: “Cierto es que tanto el Papado como el Imperio conocieron hasta el mismo siglo XIV momentos de insólito esplendor: los nombres de los Papas Alejandro III (1159-1181), Inocencio III (1198-1216) y Bonifacio VIII (1294-1304), de un lado, y de los emperadores Federico I Barbarroja (1151-1190) y Federico II (1215-1250) son buena prueba de ello. Pero los síntomas de debilidad eran también evidentes: tras el llamado ‘cautiverio de Avignon’ (1309-1377), el Papado se enfrenta al Gran Cisma de Occidente (1378-1418) y al creciente auge de las teorías conciliaristas; por su parte, el poder imperial se convierte, desde el mismo reinado de Federico II, en poco más que un recuerdo simbólico, quedando Alemania, de hecho, en manos de los príncipes territoriales. No es de extrañar, por tanto, que las diversas monarquías nacionales reafirmaran cada vez más su posición” (*op. cit.*, p. 87).

¹² Santamaría Pastor lo caracteriza diciendo: “[...] el rey se destaca del sistema feudal, asumiendo el papel de mayor *et sanior pars* del reino frente al resto de las fuerzas sociales, nobles y burgueses, a quienes se asocia institucionalmente en las tareas de gobierno. Su manifestación más visible serán las primeras asambleas representativas con participación de la burguesía”.

¹³ Toda consideración en torno a este principio debe partir del pensamiento de Nicolás Maquiavelo, por cuyo intermedio la ciencia política declara su indiferencia moral. Por razón “del principio” un acto será conveniente

Y ello desde que este modelo entiende al Estado con entidad propia, superior al Rey y creada para la consecución de determinados cometidos; o lo que se entenderá luego: para satisfacción de un interés público determinado y cambiante. Esta modalidad de Estado parte desde “la Ciudad”, la que se organiza desde la figura de la personalidad jurídica tomada de los romanos¹⁴. Como técnica administrativa, permite la continuidad en la gestión del patrimonio. A partir de allí, se recurrió a la práctica de atribuir personalidad jurídica al *officium*. De este modo, la organización administrativa se torna en organización de personas jurídicas, siendo una organización administrativa de entes, de la cual rápidamente se distinguen los privados de los públicos en función de dos razones contingentes: las finanzas y la guerra. Determinada la importancia de tales cometidos y la dimensión adquirida a lo largo del tiempo, llega a atribuirse parte del poder público, de tal manera que es una organización propia que se interpone entre la colectividad general y las incipientes formas de “Estado”¹⁵.

II.4. El surgimiento de las monarquías absolutas

Es en esta etapa en la cual comienzan a solidificarse las potestades exorbitantes de lo que luego será la Administración y a desarrollarse la idea de mutabilidad del derecho público: el derecho será ante todo un instrumento del poder para el cumplimiento de un proyecto de Estado. El derecho ya no es “descubierto” a través de decisiones judiciales, sino que es el monarca quien asume la potestad legislativa¹⁶, apropiándose de las fórmulas romanas *quod principi placuit legis habet vigorem* y *princeps legibus solutus*, para justificar su absoluta desvinculación y libertad frente a todo tipo de norma jurídica¹⁷.

o no según sea beneficioso o perjudicial para conseguir el fin de mantener y acrecentar el Estado. De esta forma, frente a la virtud que la Iglesia predicaba como ideal de actuación humana, Maquiavelo coloca una nueva virtud (*virtù*) como cualidad esencial del estadista, es una mezcla de inteligencia y eficacia, valor personal y capacidad para conseguir los fines propuestos, amor a la patria y habilidad en el desempeño de las funciones públicas. Fundamentará entonces la importancia del principio en estos términos: “[...] creo que triunfa el que acomoda su manera de proceder a las circunstancias del momento e igualmente fracasa quien en su proceder entra en desacuerdo con ellas” (*El Príncipe*, Cap. XXV, “Cuál es el poder de la fortuna en las cosas humanas y cómo hay que enfrentarse a ella”, p. 104. Se sugiere ampliar en Chabod, F., *Escritos sobre Maquiavelo*, México, FCE, 1984).

¹⁴ Giannini, Massimo, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵ Giannini, *op. cit.*, p. 47, nomina a estas formas de actuación organizacional como *strumentum regni* y *palladium libertatis*. Y al referirse al surgimiento de estas formas de Estados señala la dificultad en indicar de modo preciso su nacimiento; “ciertamente las guerras de finales de siglo XV impulsaron a Francia, España e Inglaterra a constituirse en Estados; en Italia se pasó a través de una forma de transición constituida por los Principados, pero en el siglo XVII todos los ordenamientos de los países italianos eran Estados. Por tanto, el nacimiento del Estado se inserta en un período que comprende, desde finales del siglo XV hasta el siglo XVII” (*op. cit.*, p. 47).

¹⁶ Dicho proceso comienza propiamente con la reforma gregoriana. Hasta entonces la *praxis* reconocía a los emperadores una cierta potestad normativa: la “capitularia”, consistente en la adición de nuevos preceptos o capítulos a las leyes viejas: “*capitula legibus addenda*”. Ello se consolida y la proclamación formal de un poder normativo propio aparece en la obra de Gregorio VII (conforme Santamaría Pastor, *op. cit.*, pp. 95 y sigs.).

¹⁷ Ulpiano, *Digesto* 1, 4, 1. Sobre el concepto romano de *Imperium* ampliar en la obra de Mayer, *Römischer Staat und Staatsgedanke*, Zurich, 1948, pp. 320 y sigs.

Dada la infalibilidad de la investidura monárquica, a partir de dichos principios se formularán tres reglas que serán el basamento de la actuación del *princeps*: la *praesumptio pro se* y *executio parata*, que no son otra que la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, y, por el otro lado, la fórmula *legem patere quam fecisti*, base de la inderogabilidad singular de los reglamentos. A partir de allí se desarrollan las técnicas de la expropiación, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de la Corona, entre otras¹⁸.

Formuladas estas precisiones se ha visto que el poder monárquico deviene absoluto, y que esta evolución se finca en la tradición bajomedieval dirigida a reforzar la figura del *princeps*. Finalmente, el Rey es superior a la ley, y su poder absoluto será consecuencia de la soberanía. Las circunstancias históricas darán una importancia creciente a la incipiente organización administrativa que vigorizará sus títulos de intervención con el advenimiento del Estado Policía o *Polizeirecht* del siglo XVIII, en el cual se abarca toda la actividad desplegada por el poder público para el gobierno de la comunidad política¹⁹.

II.5. Frente a las puertas de la Revolución Francesa

Comprenderá el lector la importancia de la evolución brevemente reseñada: en el período inmediatamente anterior a la Revolución de 1789 se logra identificar la solidificación de las prerrogativas de poder público básicas que nutren a una estructura organizacional pública en creciente consolidación. Esta Administración, sus técnicas de intervención, y sus reglas jurídicas se cristalizarán con los sucesos posteriores a la Revolución Francesa. Por ello no será este evento el que inicie la conformación de la organización administrativa, sino todo lo contrario; la Administración pública regulada por una normativa propia emergió ya, y es ahora cuando se empieza a consolidar su acepción tradicional.

Este reconocimiento y su situación de consolidación tras la revolución es descripto por Giannini²⁰: hacia finales del setecientos, la Administración pública es un aparato bien del Poder Ejecutivo (Inglaterra, Estados Unidos) o bien de la Corona. La actividad de la Administración está regulada o por un derecho común (estructura estatal inglesa) o por un derecho público general (estructura del absolutismo puro) o por una rama especial del derecho público (estructura del absolutismo ilustrado). Reconoce que en las tres estructuras hay actos de autoridad del poder público productores de efectos jurídicos que inciden en la vida de los sujetos. Y señala como aportación de la Revolución Francesa la eliminación de las estructuras del absolutismo puro y del absolutismo ilustrado, con la introducción de una nueva estructura que fue llamada desde sus inicios de *droit administratif*. Pero téngase presente que si bien se introduce un nuevo tipo de Estado, este ha conservado el tipo estructural y potestativo adquirido hasta entonces, del cual ya me ocupé más arriba. Así,

¹⁸ Villar Palasí, *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pp. 98 y sigs. Santamaría Pastor, *op. cit.*, pp. 98 y sigs.

¹⁹ En su obra, Giannini enseña que estas nociones de “policía” están tomadas como la clásica *politia* u ordenación de los asuntos públicos (*op. cit.*, p. 56).

²⁰ Las consideraciones que siguen a continuación, autor y obra citados, pp. 58 a 61.

el funcionario de la Corona pasa a ser del Estado, y el “acto del príncipe” en “disposición administrativa”. Sin embargo, el *acte administratif* recién vería la luz en 1810 por obra del *Repertoire de jurisprudence*, de Guyot.

II.6. La división de poderes y la teoría del Estado constitucional

Llegado a esta altura de la evolución de la Administración pública, debe señalarse que como organización ésta quedaría difusa dentro de la teorización de la división de los poderes. Giannini describe el fenómeno explicando que su inclusión en la égida del Poder Ejecutivo respondió a que lisa y llanamente no se le prestó atención; sistemáticamente, los juristas se alinearon en la concepción de que la Administración era parte integrante del Ejecutivo. No se ocuparon de los problemas que acarrearía este fenómeno de exclusión, y entonces abordaron la problemática de esta desde una perspectiva funcional: se ocuparon de las “actividades administrativas”, y como tales, solamente fueron entendidas las del “derecho de policía”²¹ que merecieron monumentales estudios y tratados como el de Nicolás Delamare²². Por esto es que en el siglo XVIII, la Administración de la Europa continental pertenecía al aparato de la Corona; en Inglaterra, al aparato del conjunto Corona Gobierno, pero en cualquier caso se pensaba en integrarla dentro del Poder Ejecutivo; es esta la *puissance exécutive* de Montesquieu. Esto es lo que finalmente sucedió; un intento de integración conceptual de la Administración dentro del Ejecutivo.

A la Administración, al quedar integrada al Ejecutivo de la manera expuesta, y condicionado su actuar bajo el axioma del principio de legalidad, hizo que se la teorizara como un aparato para la “ejecución de la ley en tutela de intereses públicos”. La *praxis* indica su inexactitud, al igual que una comprensión inexacta de la división de poderes, la que ha tenido históricamente significados diversos. La clarificación vendrá entonces al dar contexto histórico a la segunda cuestión. Propongo abordar someramente el problema de la división de poderes.

En el contexto de los tremendos abusos del poder público de los que da cuenta la realidad europea de la primera mitad del siglo XVIII, Montesquieu teorizó pretendiendo una distribución de funciones entre “cuerpos”. Buscó en la constitución de la Roma antigua

²¹ El ilustre Profesor argentino, Dr. Carlos Grecco, ejemplifica el fenómeno de la policización de la Administración citando el “Edicto de Lugartenencia General” de la policía parisina de 1667, generalizado en su aplicación a toda Francia a partir de 1693. Esta *explayación* de la técnica policial como dispositivo de “unificación antifeudal”, trasladada al orden administrativo, define la policía como todos los dispositivos que tienden a asegurar el reposo del público y de los individuos, a proteger las villas y las ciudades de todas aquellas causas que puedan originar desórdenes públicos, a procurar la abundancia y, a aquello que quizás sea más sugestivo, a tratar de que cada individuo, de que cada uno, viva según su condición y caracteres. A excepción de las funciones propias de política exterior, economía y finanzas (propias del Poder Ejecutivo), todo es reglamentado policialmente por intermedio de lo que se llamaba “la administración interior civil del Estado”. (Grecco, Carlos Manuel, “Poder de Policía”, conferencia dictada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, publicada en Revista *AeDP* N° 12, Buenos Aires, 1999, p. 73).

²² Citado por Grecco, Carlos, *op. cit.*

y en la de Inglaterra que le era contemporánea, todos aquellos cuerpos e instituciones que limitasen el uso de poderes de otros cuerpos sociales. De esta forma llega a la ecuación de límite y control recíproco entre los poderes.

Dado que esta fusión conceptual resulta inexacta, lo que más adelante se teorizará como función administrativa, quedó absorbida bajo el único fundamento de que ésta responde a la idea de Poder Ejecutivo, o como en nuestro país intentó explicar Marienhoff, “[...] en la distribución de las funciones estatales, al llamado Poder Ejecutivo le está asignada la función administrativa, como función específica; de ahí deriva la asimilación de Poder Ejecutivo y poder administrador”²³.

Esta descripción da cuenta de la “*Babel de las ideas*” en torno al concepto Administración, ya que para explicarla se debió superar la división de poderes, procediendo a teorizar sobre la existencia de un solo poder y su división funcional, lo cual permite la asunción de ellas por cada uno de los tres “departamentos” del Poder. Y siendo ello así se encontrará Administración pública en todos los rincones del Poder: el Judicial abandonará circunstancialmente la toga para hacer las veces de administrador, haciendo lo suyo el Legislativo.

Este estado disfuncional también resulta explicado por Marienhoff: “[...] el poder del Estado es único: las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división del poder sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones. La llamada división de poderes es una medida que tuvo por mira evitar el despotismo, impidiendo que el ejercicio de todas las funciones estatales quedase concentrado en una sola mano. Con ello se tendió a asegurar los beneficios de las libertades públicas. Pero no se trató de una división de poderes, sino de una distribución de funciones”²⁴. Y más adelante concluye: “[...] cada uno de los órganos esenciales –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–, aparte de sus propias funciones específicas, ejerce o realiza otras de la misma naturaleza que aquellas que caracterizan a los demás órganos. El Congreso legisla, juzga y administra. El Ejecutivo administra, pero también legisla y juzga (resulta llamativo ver cómo esta última afirmación sigue siendo defendida todavía por algún sector de nuestra doctrina a pesar de que nuestra Constitución Nacional lo prohíbe²⁵). Igual cosa ocurre con el órgano Judicial: juzga, sin

²³ Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 81.

²⁴ Autor y obra citada, T. I, pp. 34-35.

²⁵ El contenido me pertenece. Sin perjuicio de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales tributarias de la corriente mayoritaria, es útil recordar algunas cláusulas constitucionales vigentes: el Artículo 109 de nuestra Carta Magna establece: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. También es útil recordar que dicha prohibición es asimismo una garantía del particular. Como tal, resulta demandable judicialmente por conducto del Artículo 29 de nuestra Constitución, que prohíbe al Congreso “[...] conceder al Ejecutivo [...] facultades extraordinarias, ni la suma del poder público [...]”. Y finalmente debe tenerse presente que esos actos se encuentran fulminados de nulidad. El mismo Artículo 29 dice: “[...] actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable [...]”. Para una mejor comprensión de la “doctrina minoritaria” a la cual adscribo, sugiero el estudio de las obras de Agustín Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. I) y Jorge Luis Salomoni (*Teoría General de los Servicios Públicos*).

perjuicio de realizar actos de naturaleza legislativa, y otros donde actúa como administrador. El carácter sustancial y distintivo de estas actividades no se modifica, cualesquiera fuesen los organismos que las produzcan”²⁶.

Quizás sin esa pretensión, la exposición de Marienhoff sin lugar a dudas se convirtió en una brillante descripción de la confusa ubicación de la Administración contemporánea y de la dificultad de determinar cuándo el particular se encuentra frente a ella.

Por esto creo que dentro de esta cuestión, y como punto de inicio de todo estudio sobre la Administración pública, cabe preguntarse: si los tres poderes pueden asumir las “tres funciones”, ¿cuál es el sentido entonces de la división de poderes?

Dado lo vasto del tema solo me limitaré a dejar planteado el interrogante. En todo caso, la pregunta sirve para advertir que el contenido y problemática de las funciones de los Poderes del Estado, al igual que la teoría constitucional, es un especial capítulo de análisis que requiere de un profundo replanteo de las categorías del derecho público decimonónico desde las cuales ha sido teorizada y normada esta materia.

Advierta el lector que determinado el impacto de la supranacionalidad de organización política y ordenamiento jurídico sobre el orden constitucional y administrativo interno, con la consiguiente mutación de la acepción tradicional de los principios de soberanía y división de poderes, de ello se sigue la imposibilidad de pensar y actuar el sistema en sus términos originales sin provocar una profunda disfunción entre el plano constitucional vigente, su basamento filosófico-político y el plano fáctico o campo de los hechos, para los cuales fue pensado y sobre los cuales opera el sistema.

Nótese que el embrionario derecho de la integración comunitaria ha sido acogido por nuestra Carta Magna en su Artículo 75, inc. 24, bajo la nota de organización supraestatal con competencias, potestades originarias, y operatividad directa de sus actos. Todo ello recepciona un sistema de poder que modifica en forma sustancial el contenido de las funciones estatales tradicionalmente aceptadas²⁷.

La importancia de este fenómeno de fusión “Administración-Ejecutivo” es tal que puede erigirse en un hito del desarrollo histórico de la noción “Administración pública”, ya que da inicio a una confusión funcional aún subsistente: como señalé al inicio, hoy día no se sabe con exactitud qué se entiende por Administración pública, sector público; o cuándo se está en presencia de una persona jurídica de derecho público, máxime advirtiendo que hoy tenemos personas jurídicas privadas operando cometidos públicos y personas jurídico estatales organizadas como sociedades anónimas bajo el régimen de derecho privado

²⁶ Autor y obra citada, T. I, pp. 36-37.

²⁷ Para una mejor comprensión del tema ampliar en: Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Cap. V, 1999; Cassese, Sabino, “Derecho Administrativo comunitario y Derechos Administrativos nacionales”, en Revista *AeDP* N° 7, Buenos Aires, mayo-agosto 1998; Stortoni, Gabriela, “Sobre la existencia de un derecho administrativo de la integración frente al esquema del Tratado de Asunción”, *Anuario de Derecho de la Universidad Austral* N° 2, Buenos Aires, 1996; Damsky, Isaac Augusto, “Reflexiones sobre la conformación del derecho ambiental del Mercosur”, *ED* 181-1247.

que igualmente operan cometidos estatales. Menos aún existe claridad en los contornos conceptuales, y de allí la importancia de pensar en el replanteo de esta cuestión.

A la luz de su evolución histórica se descubre no solo la existencia de Administración y sus prerrogativas con anterioridad al Estado decimonónico, sino también la inexactitud de conceptualizar a la Administración como función específica del Poder Ejecutivo. De lo que se trata es de que los futuros estudios inicien la reconstrucción de este concepto.

III. Conclusiones preliminares. La teorización clásica del concepto Administración pública

Como se ha señalado, es a finales del siglo XVIII, superados los acontecimientos de la Revolución Francesa, el momento en el cual se obtiene la acepción tradicional de la Administración pública en virtud de solidificarse sus pilares organizacionales acuñados a lo largo del desarrollo histórico reseñado más arriba, si bien con los efectos que la división de poderes tendría en su incardinación dentro del Ejecutivo.

La Administración se erigirá entonces como una fuerza creadora de bienes, el instrumento más eficaz para una verdadera elevación de la vida social. Esta idea resulta caracterizada en la obra de Olivan: “La Administración, rota la valla del miserable círculo fiscal, se presenta y se deja contemplar extensa, tutelar, benéfica, creadora, presidiendo a los destinos del país, y proveyendo de elementos de poder y grandeza al Estado. Entonces se ha ensanchado y ennoblecido, a medida que se ha ido reconociendo la utilidad de su acción. Y como desde el recaudar y pagar haya acudido a todas partes a proteger, ramificándose para fomentar todos los intereses legítimos, ya materiales, ya morales, de ahí es que estas nuevas funciones le confieren mayor importancia y consideración que las primitivas, elevan el conjunto de sus principios y reglas a la categoría de trascendentalísima ciencia social, y ofrecen al entendimiento una idea grandiosa”²⁸.

Ello da cuenta de una primera noción que ve a la Administración como acción de conformación social, como organización creadora y elevadora de la vida social, desde la perspectiva del pensamiento ilustrado²⁹. En sus aspectos organizacionales se logra el punto más alto de la historia administrativa en la separación entre funcionario y función, en la construcción abstracta e impersonal del aparato administrativo. Es un dato importante de señalar, ya que en las palabras de García de Enterría, “la moderna burocracia arranca directamente de esta fecha. Desde entonces no hace sino acendrarse el proceso de abstracción de lo orgánico, de diferenciación paulatina, de sutileza y eficacia de medios técnicos”³⁰.

²⁸ Olivan, Alejandro, *De la Administración pública con relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, extractado de la edición de 1954.

²⁹ García de Enterría, Eduardo, *La Administración española. Estudios de ciencia administrativa*, Madrid, Civitas, 1999, p. 58.

³⁰ Autor y obra citados, p. 190, señala que este proceso es la puesta en obra del “gran principio” de la Administración napoleónica: obra de uno es la acción, la deliberación y el consejo obra de muchos.

Hasta aquí se ha visto que la importancia de este fenómeno de fusión “Administración-Ejecutivo” es tal que puede erigírsele en el hito del desarrollo histórico de la noción Administración pública, ya que da inicio al complejo entramado vigente. A la luz de la evolución histórica en el plano comparado, se descubre la existencia de Administración y sus prerrogativas con anterioridad al Estado constitucional. También se aprecia la inexactitud de conceptualizar a la Administración como función específica del Poder Ejecutivo. De allí la importancia de pensar en el replanteo de esta cuestión. Puede aventurarse que esta compleja situación imperante se agrava en mi país dada la falta de construcción de los institutos centrales de nuestra Administración pública contemporánea como una evolución lógica de sus instituciones precedentes y acordes a nuestro sistema jurídico. Tanto es así que nuestro peculiar sistema federal de gobierno, que tomó del modelo norteamericano la supremacía constitucional y su dinámica de división de poderes, se encontró desnaturalizado por la implementación de un derecho administrativo de sesgo continental europeo, fuertemente centralista y unitario y con una distinta dinámica organizativa del poder.

De esta forma la exposición que se realizó, creo, funge de punto de inicio a futuros estudios que tiendan a comprobar las hipótesis enunciadas. Para ello se entiende que deberá observarse la primera evolución de las instituciones administrativas locales, en paralelo con el análisis de la obra de los primeros publicistas argentinos de finales del siglo XIX y principios del XX, hoy prácticamente olvidados. Me estoy refiriendo a la obra y el pensamiento que circundó a Vicente Fidel López, Lucio López y Ramón Ferreyra, principalmente, sin pasar por alto el derecho público provincial de nuestro padre fundador, Juan Bautista Alberdi.

Es que, más allá de que se compartan o no sus perspectivas, como señaló el politólogo norteamericano Dwight Waldo: “El Estado es una institución humana, es humana de arriba-abajo; no se basa solamente en un sistema formal, en capacidad y número. No es ciertamente una máquina que se puede desmontar, proyectar y montar de nuevo sobre la base de leyes mecánicas. Es más semejante a un organismo vivo. La reorganización del Estado no es una tarea mecánica. Es una tarea humana y ha de enfocarse como un problema de moral y de personal, a la vez que como una cuestión de lógica y de organización”³¹. De ello se sigue que ni puede dissociarse el estudio de la organización de la Administración misma del contexto temporal y espacial llamado a servir comprensivo éste de los especiales usos y costumbres administrativos y de las vicisitudes de la sociedad a la que se sirve, ni tampoco prescindirse ni saltarse a los hitos de evolución histórica de cada una de las técnicas devenidas luego en instituciones jurídico administrativas. Si el derecho a la buena Administración tiene por finalidad la tutela de la dignidad humana, el modelo de sociedad es un condicionante evidente de todo cuanto se refiere a la Administración pública; solo desde allí puede ser pensado; volver la mirada al pasado para reencontrarnos en el camino con nuestras bases de legitimidad y así transitarlo coherentemente hacia el futuro.

³¹ Waldo, Dwight, *The administrative state*, NYC, Ronald Press Company, 1961, p. 262.

PARTE SEGUNDA: FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I. Contenidos actuales de una formulación clásica

Tras los tópicos abordados en la parte primera, corresponde ahora avanzar en la constatación de una realidad presente desde décadas recientes: el estudio de la organización administrativa en la actualidad se encuentra –en mi opinión– enmarcado dentro del análisis de un fenómeno mayor: el de la comprensión de la crisis y transformación del Estado³², lo que determina la necesidad de replantear las categorías desde las cuales fueron pensadas las teorías organizacionales de la Administración pública, aún vigentes en los sistemas jurídicos iberoamericanos.

Así, un buen ejemplo de ello lo constituye la complejidad cada vez mayor que actualmente presenta todo intento de comprender las actuaciones de sujetos privados bajo formas de poderes públicos y consecuentemente las actuaciones de poderes públicos bajo formas privadas³³, a lo que se agrega el problema de los contornos difusos que ya presentaba la pregunta por la identificación de la Administración pública. Respecto de este último elemento, se apreciaba que en su noción subjetiva como organización que pende del Poder Ejecutivo, resulta inaprensible dada la existencia de estructuras burocráticas en los otros Poderes y la existencia de otras formas de gestión pública realizada por sujetos privados. En su noción material, se presenta el problema de determinar cuándo una actividad se comprende dentro de la imprecisa noción de “función administrativa”.

A lo expuesto se agregan otras circunstancias: en primer lugar, la falta de coordinación entre las organizaciones públicas, y la consecuente falta de intermediación –de las Administraciones públicas tradicionales– con los particulares. En segundo término, los vallados que encuentran las estructuras de control público, las cuales están limitadas en la modalidad de sus funciones y condicionadas en cuanto a la oportunidad de su ejercicio. Finalmente, la dificultad de acceso a la información generada por las autoridades administrativas en tiempo oportuno, tanto por los individuos como por la organización estatal de control.

³² Al respecto, se sugiere ampliar en Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis 2003, y en los siguientes trabajos del Profesor Argentino Jorge Luis Salomoni: “Interés público y emergencia”, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, “La defensa del Estado Argentino en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, Buenos Aires, Revista *El Derecho*, 28 de octubre de 2003.

³³ Como lo señala Salomoni: “La crisis del Estado nos trae, como observará y percibirá el lector, un intento certero de racionalización de la novedad, del nuevo entramado jurídico que se está produciendo día a día, y que trastoca los paradigmas sobre los que se construyeron el Estado Nacional, sus vinculaciones jurídicas con otros Estados y con sus propios órganos, como así también sus vinculaciones con los particulares, en sus distintas expresiones, colectivas, individuales, empresariales, etc., y por lo tanto, se trastocan la producción y la aplicación de los ordenamientos jurídicos. En ese contexto aparece con claridad el concepto de ordenamiento público global o global governance [...] la aparición de nuevos poderes públicos que no necesitan distinguir su naturaleza estatal o no estatal y que son productores y aplicadores del derecho, mas allá de sus formas y procedimientos estatales nacionales, y aún en contra de estos” (Salomoni, Jorge Luis, “Estudio Preliminar”, en Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, pp. 7, 8).

Las circunstancias descriptas son significativas de la insuficiencia de las categorías normativas aún imperantes, en la materia. Al respecto resultan elocuentes las expresiones del catedrático español Dr. Luciano Parejo Alfonso, quien, una década atrás, en la introducción a su –ya célebre– obra *Eficacia y Administración*, señalaba: “Cualquier reflexión actual sobre la Administración pública debe partir y ser consciente del clima de desorientación e incluso confusión que se padece en la materia. Las causas de la desorientación son variadas, pero entre ellas destaca el cuestionamiento hoy del Estado, y la paralela reafirmación, como paradigma, de la sociedad civil, con postulación de la retirada de aquél a favor de dicha sociedad”³⁴.

Sin lugar a dudas, el cuadro de situación presentado ya evidenciaba que las desconexiones e imprecisiones existentes en torno al contenido organizacional de lo que debe entenderse como Administración pública, su rol, sus cometidos y sus fines, obedece, entre otros componentes, a la inutilidad de buscar un concepto único totalizador de todas sus formas y predicable en todo tiempo y lugar.

En realidad, la comprensión de qué es, o qué representa, la Administración pública en la actualidad –si es que representa algo, o solo constituye un resabio de una estructura estatal en crisis–, cuál es su rol y cuáles son sus técnicas, solo se logrará dimensionar a la luz de un proceso mayor; el de comprensión de la crisis del Estado y las peculiaridades con que ella se manifiesta en las respectivas dimensiones temporales y espaciales específicas.

Dentro de este contexto se inscribe –a mi entender– la problemática de los principios jurídicos de organización administrativa. Por ello, creo necesario formular algunas reflexiones que –a modo introductorio– motiven al análisis en torno a la vigencia de su formulación tradicional.

Así es que, en orden a los clásicos principios jurídicos de la organización administrativa, se invitará a pensarlos a la luz del impacto que la reforma constitucional argentina de 1994 produjo sobre la materia, al constituirse en uno de los basamentos de la internacionalización del ordenamiento jurídico argentino³⁵. Así, inicialmente se advierte que mediante la jerarquización constitucional del sistema interamericano de derechos humanos, principios como el de “jerarquía” –en el derecho público argentino– se han visto impactados en orden a la reducción de la intensidad de sujeción del poder sobre los agentes públicos, y, asimismo, se han dado los condicionamientos para el desarrollo de otros principios en seguridad de

³⁴ Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Madrid, INAP, 1995, p. 19. Asimismo en la presentación refiere: “[...] en muy breve tiempo el sujeto central y razón de ser del derecho administrativo, la Administración pública, ha experimentado cambios, que forman parte de un proceso aún no concluido en tanto que parte del mas amplio de transformación social y del Estado al que estamos asistiendo. Los datos más significativos son el peso adquirido por la actividad económica y la asunción progresiva de responsabilidades en nuevos sectores de alta sensibilidad social. Tales datos hacen realidad la crisis del Estado y de lo público, y su teorización como factor clave de la vida social”.

³⁵ Al respecto me remito a los trabajos citados del Profesor argentino Jorge Salomoni, y a lo dicho por el autor en: “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, Damsky, Isaac Augusto, en AA. VV., *A una década de la reforma constitucional*, Bidart Campos - Gil Domínguez, Coordinadores, Buenos Aires, EDIAR, 2004.

los derechos humanos fundamentales de los particulares frente al Estado, los cuales poseen un cariz procedimental y se perfilan como verdaderas garantías instrumentales, como se analizará a continuación.

En consecuencia, desde la perspectiva expuesta, en el presente trabajo se pretende revisar las siguientes categorías: el órgano, entendido a través de los postulados de la “teoría del órgano”, la noción de potestad, y los principios jurídicos de la organización administrativa.

II. La teoría del órgano

Existe consenso en afirmar que es en ésta formulación donde se condensan los atributos jurídico-administrativos principales de la organización administrativa. Claramente, la Administración, en su acepción tradicional, operaba sus efectos a través del dictado de actos que son emitidos, en última instancia, por órganos. Introducir elementos para discutir esta cuestión es entonces de utilidad.

Así, comenzaré apuntando que una considerable cantidad de autores nacionales y extranjeros se han ocupado de esta formulación para explicar un tipo especial de vinculación entre funcionario - función administrativa, y los efectos jurídicos de los actos dictados en esta habilitación competencial. Básicamente se persigue justificar por qué las consecuencias jurídicas de las voluntades de las personas físicas que integran la persona jurídica estatal son imputables a esta y no a dichas personas físicas. Y de esta forma se superan las insuficiencias de las anteriores teorías, del mandato, y de la representación³⁶.

Adviértase una primera idea: la importancia de la teorización del órgano es tal, que en la génesis histórica de su formulación se la entroncó con la idea de la existencia misma del Estado. Así Jellinek³⁷ sostuvo, en 1892: “El Estado es una persona jurídica y no puede alcanzar sus fines si no valiéndose de personas físicas - órganos”. Y enfatiza: “El Estado solo puede actuar por medio de sus órganos; si se eliminasen, desaparecería también la figura misma del Estado”.

En el siglo XX, Forsthoff³⁸, continuando la línea expositiva, enseñó: “[...] toda unidad administrativa, toda autoridad de la Administración del Estado, forma parte del conjunto de la institución del Estado”. En Argentina, Marienhoff continuó la argumentación señalando: “[...] el Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas constituyen los llamados órganos personas”³⁹. Y entonces, con acierto observa Cassese, resulta ser que no es la organización en su conjunto, sino que es el órgano el tema dominante; estableciéndose por esta razón una ligazón, aún subsistente, Estado-órgano como sujeto representante inmediato del Estado.

³⁶ A fin de no distraer el objeto central de esta exposición, no se abordarán las nociones que inspiran a las teorías del mandato y de la representación. En aras de una mejor comprensión de ellas se sugiere ampliar en las obras de Marienhoff y Cassagne.

³⁷ Autor citado, *System der subjectiven öffentlichen Rechte* (1892), Tübingen, 1905, 2ª ed., p. 225.

³⁸ Forsthoff, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, 8ª ed., München, 1961, p. 103.

³⁹ Marienhoff, Miguel, *Tratado...*, T. I, *op. cit.*, p. 516.

Llegados a esta altura pasaré revista a las nociones que integran la teoría del órgano, para luego ensayar las críticas que pueden formularse en aras de superar sus postulados organizativos.

Esta formulación se basa en la inexistencia de la relación jurídica de representación entre el órgano y la organización, en virtud de que ambos son expresión de una misma realidad que es la persona jurídica. Por esto se explica que entre la noción de órgano y la de representación hay una diferencia esencial. La calidad de representante deriva de una norma o acto precedente; en cambio, la calidad de órgano deriva de la propia constitución de la persona moral: integra la estructura de esta y forma parte de ella; el órgano nace con la persona jurídica⁴⁰.

Dicho en otras palabras, el órgano deriva de la propia persona jurídica por ser elemento integrante de su estructura; al actuar el órgano actúa la persona jurídica, no existiendo vínculos de representación entre ambos⁴¹. De esta forma no actúa en base a un vínculo exterior con la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización.

La dinámica de su actuación resulta explicada en base a la existencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se caracteriza por un “haz de competencias” que resultan integradas en un cúmulo de potestades. El segundo se encuentra referido a la persona física del funcionario que actúa al órgano en los aspectos que hacen a su voluntad y capacidad, contextualizada dentro del “principio de especialidad” por virtud del cual se imputa al órgano la expresión de voluntad del acto administrativo. Ello llevó a la doctrina a conformar una “idea unitaria” sobre el órgano para así unificar el haz de imputaciones de órgano físico - órgano institución, por cuanto ninguno de estos tiene existencia autónoma.

II.1. Crítica a la teoría

En síntesis, puede decirse con Santi Romano⁴² que el principal carácter distintivo del órgano no está en su función, sino, todavía antes, en su compenetración con un ente jurídico, el cual recurre para la obtención de sus fines a personas que, prestándole su propia voluntad, y su propia actividad, desaparecen en los engranajes del conjunto, transformándose en medios idóneos para hacerle querer y obrar. Esta y todas las explicaciones nos retrotraen a las nociones extraídas desde Jellinek a Forsthoff en torno a la importancia de la figura: es el órgano quien actúa o hace actuar al Estado. Se preguntará el lector el porqué de la crítica desde su aspecto fundante.

⁴⁰ Marienhoff, *op. cit.*, p. 518.

⁴¹ Cassagne, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, T. I, pp. 160 y sigs. El autor demuestra la importancia de esta formulación teórica a partir de los presupuestos de configuración de la responsabilidad estatal, enseñando que “es presupuesto para la existencia de responsabilidad la conducta de un órgano o funcionario que le sea jurídicamente imputable, y de ahí la importancia de establecer cómo se imputa la voluntad al órgano estatal”. Y señala luego: “La Corte Suprema nacional ha dicho en este sentido que la actividad de los órganos y funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (autor y obra citados, p. 161).

⁴² Santi Romano, “Fragmentos de un diccionario jurídico”, voz “órgano”, Milán, 1983, p. 148.

La crítica inicial apunta a denotar que el enfoque expuesto trae como consecuencia que se desentienda de la organización y su conjunto, pero se interese por el órgano. Vale decir, se liga Estado - órgano pero con prescindencia de toda vinculación con la organización –o repartición pública– en la que se halla inserto el órgano. Su efecto será, como lo señala Palomar Olmeda, “el abandono científico de la organización administrativa”⁴³.

A la luz de esta teoría, un sector de la doctrina italiana, encarnada en Sabino Cassese, se encarga de señalar que “una organización en sentido propio, como conjunto de órganos, no existe siquiera, ni puede existir, si la unidad de los órganos se realiza en el Estado - persona”⁴⁴. Así se critica a la teoría puesto que el enfoque propuesto resulta parcial y no abarca el fenómeno en su conjunto, sino solo en cada una de sus partes, engendrando importantes disfunciones, como por ejemplo en el régimen de la responsabilidad del Estado, y la difusa imputación a los agentes públicos. Ello se aprecia a poco que se comprenda que si bien la función del órgano es la de permitir obrar al Estado, siendo el órgano el individuo, este, al no identificarse completamente con aquel por ser solo su titular y necesitar del “elemento objetivo”, torna difusa la imputación del acto y el deslinde de responsabilidades, ya que, por ejemplo, ¿es responsable el órgano Director General o la persona que lo encarna?

Le sigue a su vez otra duda, si el órgano se integra por un sujeto en un supuesto régimen de responsabilidad de funcionarios públicos, ¿cómo puede suceder que luego se imputen todas las consecuencias de sus actos al Estado? Y concediendo que se distingan hipótesis en las cuales ciertos efectos del acto recaigan sobre el funcionario, ¿puede el órgano para algunos efectos ser parte del Estado, y para otros no serlo?

Relativa a la desconexión del órgano con las relaciones y los circuitos administrativos internos de cada repartición, cuadra recrear una observación formulada por Cassese: ¿qué relación existe entre el Estado y sus órganos y entre los propios órganos? Al no ser los órganos personas jurídicas, no podrían existir relaciones entre el Estado y los órganos, ni entre los órganos entre sí⁴⁵.

En este sentido denuncia Cassese que detrás de la unidad de la persona-Estado se vienen a esconder algunos de los problemas más importantes del derecho administrativo moderno, aquellos relativos a la relación jurídica entre órganos, cuya complejidad es tal que requiere no solo una minuciosa regulación procedimental (que establece qué órgano toma la iniciativa, cuál dicta el acto, y cuál lo controla), sino el recurso frecuente a acuerdos, con los cuales los órganos públicos, después de haber negociado al igual que los particulares, estipulan contratos relativos a obligaciones recíprocas.

⁴³ Palomar Olmeda, Alberto, *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Granada, Ed. Comares, 1998, Introducción, p. XIII. Allí remarca la importancia del estudio contextualizado y regionalmente situado de la organización administrativa, al decir: “[...] no puede dissociarse el estudio de la organización de la Administración misma y ésta, a su vez, del modelo de sociedad a la que aquella sirve. Aquí ha habido cambios notables con una incidencia plural que han transformado los esquemas preexistentes. De esta forma, el modelo de sociedad es un condicionante evidente de todo cuanto se refiere a la Administración pública”.

⁴⁴ Cassese, Sabino, *Las bases del derecho administrativo*, p. 132.

⁴⁵ Autor y obra citada, p. 133.

Puede afirmarse sin hesitar que esta desconexión es la pretendida por esta teoría. Piénsese en sus consecuencias: no justiciabilidad de toda la actividad administrativa que no ocasione efectos jurídicos directos a terceros, pero que sin embargo pueda generar efectos indirectos por los perjuicios al erario público o la insatisfacción del interés público que puedan ocasionar las distintas formas del relacionamiento administrativo, y los consecuentes actos de Administración. Piénsese asimismo en los males que aquejan a nuestra Administración: excesiva presupuestación para satisfacer a un núcleo mínimo de necesidades, o el geométrico crecimiento del aparato administrativo mediante la incorporación incontrolada de agentes.

Se sigue la peligrosa afirmación de que si tales relaciones, Estado - órgano, u órganos entre sí, no son relaciones jurídicas, no son actos administrativos por no trascender en sus efectos a los particulares. Esta suerte de actos son los que Marienhoff llamaba actos de Administración. Desde esta postura, tradicionalmente aceptada por la praxis burocrática, estos actos se encontrarían dentro de la zona de reserva, y consecuentemente exentos de revisión judicial y fuera del control tanto legislativo cuanto de los órganos extrapoder: Defensor del Pueblo, Auditorías Generales o Tribunales de Cuentas, en su caso, y tantos otros.

Sin embargo, aclaro que—en el caso argentino—frente a dicha postura, se inscribe otra que comparto plenamente y que parte de sostener que en “nuestro sistema constitucional, por imperio de los Artículos 18, 109 y 116 de la Constitución argentina, no puede en caso alguno excluirse la revisión judicial plena de cualquier acto estatal”⁴⁶. En el capítulo respectivo será abordada con mayor precisión.

Apreciará el lector que esta teoría del órgano acarrea otras consecuencias jurídicas: en primer lugar, se encuentra a un órgano investido de potestades y facultades para actuar en el mundo jurídico. Esto se traduce en la posibilidad del funcionario de establecer normas, dictar actos administrativos y, en definitiva, realizar afectaciones presupuestarias y obligar patrimonialmente a la Administración, con entera libertad, ya que no es pasible de las sanciones por mandatario infiel, por la inexistencia de la relación de mandato.

En segundo lugar, se aprecia que el funcionario u “órgano persona” es parte integrante de la repartición o persona pública estatal. Pero adviértase con claridad que dicho órgano no es sujeto de derecho⁴⁷. Ello acarrea dos consecuencias: la primera, que no le es alcanzado el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado, y que aun en los casos en que le quepa responsabilidad esta nunca tendrá la entidad y alcances que aquel. La segunda es la relativa a la escasa posibilidad de control administrativo y reproche personal sobre los actos y compromisos a los que anude a la Administración, ya que al obligar a aquella y no tener este personalidad jurídica⁴⁸, solo será posible auditar, controlar o enjuiciar a aquella y no a este.

⁴⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, pp. 1-7.

⁴⁷ Cassagne, *op. cit.*, p. 162. Siguiendo la obra del autor uruguayo, Aparicio Méndez, enseña que “la relación orgánica suele ser distinguida de la relación de servicio. En la primera, la persona física titular del órgano actúa en la organización, identificándose con ella, mientras que en la relación de servicio el agente público es titular de derechos y obligaciones entablándose una relación jurídica de tipo inter-subjetiva”.

⁴⁸ No es casual el énfasis con el cual Marienhoff señaló esta circunstancia. En reiterados pasajes de su obra se encargó de puntualizar: “[...] los órganos que, como tales, integran una persona jurídica, no pueden considerarse

Finalmente, y en los aspectos organizativos que aquí interesan, se la critica por su pretendida contribución a la “impersonalidad del poder”, a la que llega la teoría al proponer que “no es el Estado sino sus órganos los que estipulan los contratos”. Ello fue muy loable en el contexto histórico en el cual se formuló, pero ya no es más predicable.

Adviértase que lo pretendido fue “hacer impersonal el poder del soberano, desvinculando el Estado de la figura del monarca y sometiendo el mismo monarca al Estado y al derecho, allí donde, precedentemente, el monarca era soberano del Estado y sobre el Derecho. Por tanto, la primera exigencia a resolver era la de permitir el paso del Estado absoluto al Estado de Derecho”⁴⁹. Sin embargo, hoy día no puede sostenerse la “impersonalidad del poder” por el hecho de encontrar una Administración apropiada por el Estado. No existe más la necesidad de suponer la existencia de una ficción jurídica para “despojar a sus ejecutores de su capacidad de desear intereses personales, porque basta que los titulares de los órganos estén al servicio del pueblo soberano”. Así, si para Europa vale la máxima de “los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación”, a nosotros nos basta el principio representativo contenido en la manda del Artículo 22 de la Constitución Nacional: “[...] el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”.

De esta forma, si bien esta teoría significó un avance en la conformación de la voluntad administrativa, no puede desconocerse que en los términos actuales de conformación del Estado, se contribuyó a conformar un vallado al control y un principio de desconexión en los circuitos administrativos, y en la organización administrativa en su totalidad. Finalmente, sobre estas conclusiones, deberá erigirse una nueva teorización en la cual sea la organización administrativa y no el órgano quien tenga el lugar preponderante.

III. Los principios jurídicos de la organización administrativa

Se entienden por tales aquellos de los cuales surgen reglas y normas organizativas dirigidas a establecer, ordenar y regular las relaciones entre los componentes de la organización administrativa, la cual comprende tanto a las relaciones “interorgánicas” cuanto a las “intersubjetivas”. Si bien la generalidad de la doctrina se ha ocupado de su distinción, debe precisarse que por relación interorgánica se entiende a las que se refieren al ejercicio de las potestades de los poderes públicos frente a otros poderes públicos, las cuales, como se vio, tienen como partes a figuras subjetivas que no son necesariamente sujetos. Por su parte, las intersubjetivas consisten en relaciones que se dan entre figuras subjetivas que tienen la “cualidad” de sujetos⁵⁰. Recuérdese que en su acepción doctrinaria tradicional, solo las últimas resultan controlables. Es por esto que, como fuere adelantado, se propondrá

como sujetos de derecho, con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. La personalidad, en tal caso, le corresponde a la persona jurídica [...] los meros órganos de una entidad no tienen personalidad: no son sujetos de derecho [...] Así, los órganos legislativo, judicial y ejecutivo, integrantes de la persona jurídica Estado, carecen de personalidad, la cual le corresponde al Estado” (autor y obra citada, T. I, pp. 520-521).

⁴⁹ Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁰ Giannini, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1991, p. 285.

el control y revisión plenos de los actos anudados bajo relaciones interorgánicas; no solo por virtud del principio de plena revisión, sino básicamente porque todas estas relaciones, son relaciones jurídicas⁵¹.

Ello supondrá que los principios jurídicos de organización administrativa sean formulados no ya desde la prerrogativa o privilegio estatal, sino en garantía y seguridad del particular para exigir una Administración eficiente, contextualizada en un marco de actuación temporal y regional determinado. Desde esta perspectiva, la organización administrativa argentina, para lograr su legitimidad, necesita satisfacer las garantías constitucionales consagradas por el ordenamiento supranacional de los derechos humanos, lo cual implicará una adecuación de los principios rectores de su estructura –a abordar a continuación–, al igual que el procedimiento.

Al estudiarse “los principios”, tanto la doctrina, como la jurisprudencia y las normas de procedimiento administrativo hacen alusión a los siguientes: jerarquía, competencia, avocación-delegación y centralización-descentralización.

En su acepción tradicional, ello obedece a que constituyen los pilares básicos sobre los cuales se organiza y estructura el andamiaje del poder estatal. Como lo señalara Marienhoff: “[...] esencialmente, el poder de organización se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias, o más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos”⁵². A lo que pueden agregarse las reflexiones de Diez, para quien la organización administrativa es “un conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo”, siendo su finalidad esencial “la coordinación entre los distintos organismos”. Desde esta perspectiva, expondrá con claridad que por organización administrativa ha de entenderse: “[...] el conjunto de reglas de derecho que determina la competencia de los órganos por los cuales manifiesta su voluntad el Estado, sus relaciones jerárquicas, su situación jurídica, su forma de actuar, cómo debe controlarse su acción, cómo debe coordinarse en interés de la unidad del Estado”⁵³.

⁵¹ Esta es una postura que se abre paso día a día en la doctrina. Autores como Gordillo, Bidart Campos, Spisso y tantos otros han ya teorizado con mucha mayor profundidad las implicancias de este pensamiento. Por ello para una mejor comprensión del tema, sugiero al lector ahondar en el análisis de sus textos. No obstante ello, me parece oportuno citar las expresiones del célebre catedrático italiano Massimo Giannini, quien al respecto señaló: “[...] las relaciones interorgánicas no formalizadas son también relaciones jurídicas: la relación entre el soberano absoluto y los Estados generales es una relación jurídicamente definible. En el Estado moderno existe la formalización de dichas relaciones no solo en el sentido de una mayor extensión, sino también en el sentido de que se da un principio general de organización que impone esta definición como una regla; es decir, un principio normativo de formalización. La función de dicho principio está vivamente debatida entre sociólogos y políticos: garantías de las libertades, equilibrio de poderes, control recíproco de poderes, necesidad de asegurar niveles mínimos y máximos para el desarrollo de funciones. Es probable que en el terreno jurídico no se pueda individualizar una sola función, sino que antes bien existan todas al mismo tiempo” (obra y autor citado, nota a la p. 286).

⁵² Autor y obra citada, T. I, p. 511. En sentido concordante, Forsthoff, Spiegel y Alessi.

⁵³ Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. II, pp. 21, 22.

Si bien estos principios serán analizados a continuación, entiendo que a partir del impacto de la supranacionalidad y la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, la organización administrativa será vista –insisto– como garantía del particular, todo lo cual contribuirá al reconocimiento de “otros principios”, que aseguren esta pretendida vigencia. Me refiero a los siguientes: publicidad de los actos de gobierno, cooperación, programación - desarrollo y control de gestión, servicio efectivo.

III.1. Jerarquía

No cabe duda de que se trata de un principio esencial y que permite explicar en la historia la organización y funcionamiento de toda estructura de poder, sea político, económico o religioso. Pero como tal, no cabe establecer un contenido universalmente predicable a todas las estructuras, sino que su formulación debe respetar la peculiaridad de cada ámbito de aplicación. O dicho de otra forma, no puede sostenerse su importación acrítica de un modelo junto con sus respectivas construcciones jurisprudenciales.

Si bien se trata de un principio basal, para su aplicación deberán observarse las distintas graduaciones vinculadas a las circunstancias fácticas y momento histórico de una organización, las amplitudes normativas, las garantías constitucionales y la concepción filosófico política del poder y la libertad imperantes en el Estado que se trate⁵⁴.

La importancia de reparar en estas aclaraciones previas se comprende a poco de reparar en el impacto que posee su tratamiento normativo. Es valor entendido que el principio de jerarquía “ha sido siempre un instrumento político fundamental cuyas consecuencias jurídicas negativas se han conocido desde antiguo, aunque curiosamente la Ciencia de la Administración no se ha preocupado de analizar el fenómeno y describirlo”⁵⁵. Se explica entonces la necesidad de iniciar una reconstrucción teórica. Si bien excede el objeto del presente, baste con formular algunas apreciaciones que partiendo de formulaciones hipotéticas orienten en futuros estudios. Para ello y procurando una mejor claridad expositiva, iniciaré reseñando la concepción tradicional.

La doctrina definió a la jerarquía como “el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados”. Se trata del principio que los reduce a unidad dado que constituye una relación entre órganos de una misma persona jurídica⁵⁶.

⁵⁴ El método de análisis expuesto permite apreciar la inaplicabilidad de los conceptos construidos por Marienhoff a las relaciones de empleo y función pública establecidos con posterioridad a la Reforma constitucional de 1994, en virtud del impacto del ordenamiento supranacional de derechos humanos.

Con exacerbación del poder por sobre la libertad, en forma terminante Marienhoff iniciaba su explicación sobre el principio de jerarquía diciendo: “[...] no se concibe una organización administrativa donde todos los individuos adscriptos a ella –funcionarios y empleados– tuvieren igual rango, lo cual impediría que unos dieran órdenes y otros las cumplieren [...] imperaría el caos y todo sería inoperante. De ahí la existencia de superiores y de inferiores vinculados entre sí por una relación de supremacía y de subordinación”. (Autor citado, “Tratado...”, T. I, p. 591, acápite 191).

⁵⁵ Palomar Olmeda, *op. cit.*, p. 92, siguiendo a Nieto García, “La jerarquía administrativa”, Doc. Administrativa nº 229 (enero – marzo 1992).

⁵⁶ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, p. 184, siguiendo las formulaciones de los autores españoles Santa María de Paredes y Gallego Anabitarte.

En los términos de Villegas Basavilbaso, el principio es visto como “una relación de superioridad de los órganos superiores respecto de los inferiores”⁵⁷, y años más tarde, Marienhoff reitera la caracterización en estos términos: “[...] la relación de supremacía de los funcionarios superiores respecto a los inferiores y de subordinación de estos a aquellos”⁵⁸.

Por su parte, Rafael Bielsa definió la jerarquía en idénticos términos⁵⁹. Solo añadió: “[...] la dependencia de los funcionarios referida a un centro constituye, pues, base o sistema de coordinación, y considerando este sistema respecto de los funcionarios, forma lo que se llama ‘jerarquía administrativa’”⁶⁰.

Se puede establecer en la doctrina contemporánea, encarnada en el Profesor Gordillo, una sistematización de las nociones anteriores. El autor encuentra en la jerarquía “una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la Administración mediante poderes de subordinación, para asegurar la unidad de acción”⁶¹.

Finalmente, en el plano comparado interesa rescatar la noción de Baena de Alcázar, quien se ajusta al concepto de Gordillo en estos términos: “[...] la vertebración de las organizaciones mediante la distribución de los órganos en escalones sucesivos subordinados unos a otros, existiendo en dicha organización unas relaciones despersonalizadas que se basan en la obediencia a los titulares de los órganos de acuerdo con normas reglamentarias”⁶².

Caracterizando sus elementos, explica la doctrina que la línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos en sentido vertical, siendo que el grado es la situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea⁶³. De esta manera, la relación jerárquica se determinará siempre que haya superioridad de grado en la línea de competencia y al mismo tiempo identidad de competencia en razón de la materia entre los órganos superior - inferior⁶⁴.

De las nociones expuestas se aprecia que durante casi cien años, tanto en el derecho argentino como en el comparado, el concepto “jerarquía” no ha sido para los autores más que el agrupamiento de “una serie de órganos”⁶⁵ en una intensa potestad de sujeción, llamada “poder jerárquico”⁶⁶. Esto engendró algunas consecuencias.

⁵⁷ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 270.

⁵⁸ Autor y obra citados, T. I, p. 592.

⁵⁹ Si el lector compara las fuentes de las notas al pie de los autores citados descubrirá que la identidad textual de conceptos obedece a haber extractado la noción brindada por el Profesor uruguayo Aparicio Méndez en sus obras *Teoría del Órgano* y *La Jerarquía* (pp. 33 y sigs.).

⁶⁰ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 14.

⁶¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, pp. XII-31. No hay duda de la claridad expositiva que refleja su definición dado que atempera el rigor exacerbado de las formulaciones anteriormente comentadas.

⁶² Baena de Alcázar, *Curso de Ciencia de la Administración*, Madrid, 1985, p. 73.

⁶³ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁴ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, pp. XII-32. En estos términos explica la tradicional “organización administrativa lineal”, con una dirección en estricta línea jerárquica directa. Sin embargo, resultan de interés sus innovadoras apreciaciones que se citan a continuación: “[...] se propugna el sistema de doble o múltiple comando, en el cual se admite la relación de jerarquía, no solo por parte de los superiores jerárquicos directos, sino también por parte de otros superiores, siempre, desde luego, que las órdenes se refieran a las tareas propias del inferior”.

⁶⁵ Nieto García, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁶ Ver Bielsa, Rafael, *op. cit.*, p. 15.

En primer lugar, “el poder jerárquico” determinó una vinculación de connotaciones negativas propias de la relación feudo - vasallática, por implicar “el sometimiento de unos funcionarios a la autoridad de otros”⁶⁷. Esta es la concreción del concepto “subordinación”, manifestado por el “deber de obediencia”. En este orden de ideas se sostuvo que “la subordinación tiene carácter absoluto”, pudiendo también incidir en la vida privada del funcionario. Ahondando esta línea argumental se llegó a sostener, incluso en el ordenamiento positivo, que “para algunos funcionarios ese deber es más riguroso que para otros; así, ciertas categorías deben requerir autorización para contraer matrimonio, suministrando al respecto los datos personales del futuro cónyuge”⁶⁸.

Si bien estos conceptos han perdido legitimidad, sus formulaciones teóricas y previsiones normativas, al mantenerse incólumes, reclaman de un profundo replanteo de las categorías desde las cuales se teorizó.

En segundo lugar, al llevar implicada una relación de superioridad de órganos incardinados bajo los principios de línea y grado, reduce la organización a esto: una serie de órganos. Esto genera otra connotación negativa consistente en la más absoluta despersonalización de la relación jerárquica. Este rasgo fundante de la organización burocrática ha demostrado ser rígido, poco dinámico e ineficaz. Sugiero reparar en lo siguiente:

El proceso de plasmación normativa de las principales potestades y efectos de la jerarquía fue contemporáneo con el modelo de burocracia construido por Weber a principios del siglo XX. Este modelo contendría tres características estructurales típicas: la rígida división del trabajo por competencias, establecida a través de normas objetivas, que constituiría la dimensión horizontal del modelo; la continuidad de los órganos administrativos y la estructura jerárquica, que completaría el modelo en su dimensión vertical⁶⁹.

En su contexto histórico, esta estructura de órganos alineados en relación jerárquica, dio respuesta a la exigencia de la revolución industrial de decisiones rápidas y previsibles, estableciendo una red geométrica de estructuras y procesos diferenciados. De esta manera, las formas de legitimidad surgidas con el ideal racional - weberiano partían de un ejercicio del poder rigurosamente impersonal. Con tales elementos este esquema implicó un gran avance, ya que superó el desorden y la tortuosa arbitrariedad de las antiguas Administraciones señoriales.

Es entonces que tienen nacimiento algunas de las potestades inherentes a la jerarquía, que la doctrina uniformemente calificó como de: dirección, supervisión, revisión de actos y fiscalización⁷⁰.

⁶⁷ Bielsa, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸ Marienhoff, Miguel, *Tratado...*, T. I, Ed. Abeledo Perrot, edición 1964, pp. 595 y 596.

⁶⁹ Para una mejor comprensión de las ideas expuestas se sugiere consultar la obra de Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

⁷⁰ En la doctrina argentina, Cassagne ha sistematizado los principales efectos que se derivan de dichas potestades nacidas de la relación jerárquica. Por ello recomiendo ampliar en su obra (autor y obra citada, pp. 184 y sigs.).

Pero esa situación compatible con el bajo nivel de prestaciones que el Estado de principios del siglo XX debía asumir, resultó menos adecuada al aumentar el intervencionismo estatal y al modificarse luego sus fines. Los ulteriores procesos políticos y económicos provocaron un cambio de tal entidad que tornaron obsoleta esta estructura de trabajo. Ello determinó –en algunos modelos– que el poder impersonal, cuya expresión paradigmática sería la máxima “gobierno de las leyes y no de los hombres”⁷¹, fuese adquiriendo características cada día más personalizadas. La introducción de grupos antagónicos en el poder modificó el proceso decisorio y la base de legitimación, que si antes se fundamentaba en la superioridad del poder impersonal, ahora lo es en la relación personal, basada más en el resultado y la eficiencia que en la legalidad o conformidad con los procedimientos⁷².

Sin embargo, en otros modelos como el nuestro, a contrario del cambio operado en el plano filosófico político y el rol de Estado, se solidificaron los postulados de la jerarquía, se mantuvieron –en algunos casos se forzaron– las facultades que el poder jerárquico entrañaba, generándose una disfuncionalidad y consecuente pérdida de legitimidad del ordenamiento⁷³.

Solo en fechas relativamente recientes ha sido sustituida esta visión material por otra muy distinta que centra la jerarquía no en órganos sino en el modo peculiar en que estos se estructuran, sustituyéndose la dependencia orgánica por la dependencia funcional, dadas las fuertes críticas que se le han formulado y la deslegitimación que el “valor social jerarquía” ha experimentado en los últimos años. Así señala Santamaría Pastor que a este fenómeno de descrédito contribuye la desconexión entre el principio real de jerarquía y la jerarquía funcional.

De allí, la moderna tendencia de la organización administrativa de recurrir a organigramas matriciales con desconcentración de los niveles de decisión, que sustituyan las vetustas estructuras piramidales basadas en rígidas líneas de mando. Esto demuestra la necesidad de replantear el alcance del poder de dirección y de las técnicas para dirigir, más allá de las “auctoritas personales”⁷⁴, la que debe ser reemplazada por el liderazgo de la persuasión.

Debido a que las principales facultades y efectos que confiere la jerarquía se nuclean en torno a diversas potestades como las de avocación y delegación, entiendo necesario formular a continuación algunas consideraciones relativas a su atributo fundamental: la potestad.

⁷¹ En este punto se recomienda ampliar en la obra de Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, 1984, pp. 148 y sigs.

⁷² Sobre las cuestiones relativas al *policy-making* se sugiere ampliar en la obra de Joan Subirats, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, Madrid, INAP, Parte I.

⁷³ Debe advertir el lector que España no ha sido ajena a la disfuncionalidad denunciada. Prueba de ello lo constituyen diversas previsiones de la “Ley de Procedimiento Administrativo” del 17 de julio de 1958, que exteriorizan las potestades jerárquicas criticadas. Así a las potestades de dirección del Art. 7º le corresponden estrictas de avocación y sujeción del Art. 8º, incs. “cuatro” y “cinco”, mediante las cuales se prohíbe a los inferiores “requerir de incompetencia a otro jerárquicamente superior”, y se autoriza a los superiores a resolver su competencia “si así lo entiende”. (*Procedimiento Administrativo*, Madrid, Ed. Segura, 1983).

⁷⁴ Autor citado, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, 1998, p. 943. En igual sentido ver en Palomar Olmeda, *op. cit.*, p. 95.

III.1.1. Referencia sobre la noción de potestad

Enseñaba Santi Romano que en la escala de las manifestaciones jurídicas subjetivas, el poder y la potestad aparecen muchas veces como un momento intermedio entre la capacidad y el derecho subjetivo: es consiguiente a la primera, pero precedente respecto del segundo, un preliminar y un presupuesto de este último, como la capacidad es preliminar y presupuesto del poder. De ello se sigue que un poder, como manifestación directa y primaria de la capacidad jurídica, no puede ejercitarse más que en el presupuesto de que se tenga un cierto derecho o título jurídico preexistente⁷⁵. Por esto no se traduce en una relación, está por encima de las relaciones singulares y es limitado y condicionado –en su vigencia– al respeto de esos “límites”. De esta forma se presentan deberes negativos, atinentes a la observancia de sus límites, y positivos, por los cuales deviene obligatorio ejercitarlo de un modo determinado. Esto último funda el carácter de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de la prerrogativa, que dará como consecuencia la distinción entre “potestad” y “derecho subjetivo”, que impide hablar de derechos potestativos y su consecuente posibilidad de renuncia. Las notas que los distinguen son las siguientes:

En primer lugar, la potestad es general, y ejercida sobre una pluralidad de personas, sea esta determinada o no. Ello determina que, en su ejercicio, dicho poder continúa único e inagotablemente idéntico, no resolviéndose en tantos poderes distintos cuantos sean aquellos casos en los que se verifican sus relaciones⁷⁶. Esto último, como sucede en el plano relacional de los derechos subjetivos que se despliegan y se contienen dentro del círculo de una actual y concreta relación con una cosa y un sujeto determinado.

En segundo lugar, la potestad que es normativamente habilitada por el principio de legalidad preexiste a las relaciones y derechos que por consecuencia serán anudadas. Luego se afirma la posibilidad de que del ejercicio de un poder nazcan relaciones jurídicas. En cambio, el derecho subjetivo es una posición jurídica establecida en el contexto de una relación, si bien creada a su favor por el derecho objetivo mediante un concreto mandato jurídico pero que no la preexiste; del derecho subjetivo no nacen relaciones jurídicas.

Corolario de la anterior es lo siguiente: la potestad no es facultativa, los derechos sí. Todo derecho subjetivo se resuelve en un número más o menos amplio de facultades, las cuales son pasibles de renuncia y de subrogación. La potestad es irrenunciable, debe ejercerse, y su no ejercicio, a más de acarrear la responsabilidad estatal por omisión, legitima al particular a su reclamo judicial.

En cuanto la índole de las relaciones, en la de potestad se aprecia con mayor o menor intensidad una relación “de sujeción” en la que se encuentran los sujetos pasivos de ella.

Concretando lo anterior se aprecia una distinción fundamental: la potestad entraña la competencia para el dictado de actos normativos, mientras que el derecho subjetivo es la cristalización del estatus jurídico enmarcado por la potestad normativa.

⁷⁵ Santi Romano, *Diccionario Jurídico*, voz “poderes, potestades”, pp. 345 y sigs.

⁷⁶ Es el principio formulado por Santi Romano de inagotabilidad e identidad del poder a través de los singulares ejercicios suyos, autor y obra citada, p. 319.

III.2. Competencia

Junto con el principio de jerarquía, constituye uno de los pilares fundantes de la organización administrativa en su acepción tradicional y elemento esencial de validez del acto administrativo, como –para el caso argentino– se establece en los Artículos 3º y 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos⁷⁷.

Se la entiende como el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer, siendo por ello una suerte de medida de las actividades que conforme el ordenamiento corresponden a cada órgano administrativo; es su aptitud legal de obrar⁷⁸. También se ha dicho que la competencia es lo que verdaderamente caracteriza a una repartición administrativa y la distingue de otra, en virtud de lo cual pudo ser definida como el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, o como la medida de la potestad atribuida a cada órgano⁷⁹.

Como lo enseña el Profesor argentino Dr. Julio Comadira, “[...] la competencia surge, según los casos, de la Constitución, las leyes o los reglamentos dictados en su consecuencia. Es objetiva, ya que solo puede surgir de una norma”⁸⁰.

Desde esta concepción doctrinaria se han enarbolado algunas de las siguientes consecuencias jurídicas: que la competencia es objetiva, por encontrar sus bases en una norma preexistente que perfila su aptitud con sustento en el principio de la especialidad; que es obligatoria, por el deber de efectuar la actividad dentro de las atribuciones conferidas, y, finalmente, su carácter de improrrogable e irrenunciable.

Sin embargo, la contracara de lo expuesto genera algunos interrogantes. Así, respecto de la obligatoriedad se afirma que por dicho carácter la competencia no constituye un derecho subjetivo. Precisamente, se sostiene que constituye una obligación del órgano dado que [la competencia] es un concepto de la esfera institucional, en la cual los derechos subjetivos son desconocidos⁸¹. Siendo ello así, podría pensarse que las cláusulas de las leyes de procedimientos administrativos se encuentran desvirtuadas, ya que al no reconocerse el derecho a reclamar su vigencia, se torna abstracta. Ergo, si no es exigible, lo obligatorio deviene en facultativo.

⁷⁷ El Art. 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 establece: “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 y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario”. Por su parte, el Art. 7º, inc. a), del citado cuerpo normativo, al establecer los requisitos esenciales del acto administrativo, estipula lo siguiente: “[...] son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: competencia a) ser dictado por autoridad competente”.

⁷⁸ Gordillo, Agustín, obra citada, T. I, pp. XII-8, siguiendo a Sayagués Laso.

⁷⁹ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 570.

⁸⁰ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 116 y 117.

⁸¹ Cfr. Marienhoff, Miguel, obra citada, T. I, p. 571.

En base a la especialidad se sostiene que ella debe surgir de norma expresa, fundada en su distinción con la capacidad de los sujetos privados, por cuyo conducto se afirmó que la competencia es la excepción y la incompetencia la regla. Pero sucedió que paralelamente a la construcción del postulado de la permisión expresa, se erigieron las teorías de las competencias implícitas e inherentes, de lo cual resulta que además de lo expresamente establecido en la norma, el agente podrá realizar otras funciones no expresadas pero que condigan con la misma finalidad⁸². Ergo, si para evaluar la validez de un acto administrativo debo atender a la finalidad y a lo implícito en lo expreso, me pregunto entonces cuál es la vigencia del principio de la competencia expresa.

Si bien el principio de competencia genera un sinnúmero de interrogantes que exceden al presente, las cuestiones planteadas evidencian la necesidad de un nuevo enfoque del tema, mediante el cual se conecten sus distintos niveles de argumentación, ya que como se verá el problema tiene su raíz en el campo normativo.

Si se analizan los textos legales, se verá que las competencias de las reparticiones son establecidas con carácter genérico. De la misma forma, la reglamentación, que debiera tener por objeto especificar las funciones establecidas por ley, las desarrolla de manera ambigua—cuando no yuxtapuesta—entre los diversos órganos que componen la repartición. Es lo que sucede con las llamadas “misiones y funciones” y las “responsabilidades primarias” que, en lugar de establecer un núcleo de habilitaciones competenciales, se limitan a la enunciación de una cantidad de finalidades. Siendo ello así, los deberes de actuación quedan difusos y con ello se reduce el ámbito de certeza y la consecuente posibilidad de ejercer controles efectivos sobre el desempeño institucional de las áreas administrativas.

Así, creo necesario pensar en un punto de partida que permita reconectar la teorización de las competencias administrativas con una realidad que se nos muestra bien diversa. En primer lugar, puede postularse el reemplazo de la ecuación “competencia- deber”. Ello, dado que la praxis nos exhibe la complejidad, multiplicidad e imprevisibilidad de la acción estatal. Ésta hace imposible la predeterminación de las competencias a través de normas precisas, ya que nunca se presenta la actividad administrativa como una traducción automática de prescripciones generales en prescripciones concretas⁸³.

De esta forma, ya no se hablará de la competencia como “medida de poder”, sino como atribución de funciones a los integrantes de un órgano estatal. De ello se sigue que si las grandes reparticiones del Estado tienen atribuciones en su conjunto y cada uno de los órganos que las componen tiene su propia competencia⁸⁴, ésta resulta sólo una unidad de medida de distribución interna de funciones.

⁸² En este sentido, explica Juan Carlos Cassagne, que el principio de la especialidad no desplaza la posibilidad de que la aptitud del órgano surja en forma expresa o implícita de una norma. La especialidad surge de la finalidad de la norma. (Autor citado, *Derecho Administrativo*, pp. 208, 209).

⁸³ Cfr. Giannini, Máximo, *op. cit.*, p. 240 y Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 333.

⁸⁴ Cfr. Giannini, *op. cit.*, p. 239.

Lo expuesto, si bien puede atenuar el contenido de los caracteres tradicionales, llevará consigo el desarrollo de otros principios de organización administrativa de cariz procedimental que permitirán una reconexión con los particulares, destinatarios del quehacer estatal. Tales principios serán analizados más adelante.

III.3. Las técnicas de erigidas a la jerarquía de principio

Hasta aquí se trataron aquellos principios de organización administrativa que resultan uniformemente receptados por los ordenamientos particulares, y reconocidos por la doctrina especializada como umbral mínimo de validez de cualquier diseño de repartición pública, sus reglamentos operativos y el régimen de validez de sus actos. Sin embargo, me parece útil plantear la necesidad de diferenciarlos respecto de otras técnicas organizativas, que tradicionalmente fueron equiparadas a la jerarquía de principios, acaso para legitimar actuaciones de poder, en algunos casos, con mengua de los derechos individuales. Así, se abordará seguidamente el contenido de las siguientes técnicas: avocación y delegación, centralización y descentralización.

III.3.1. Avocación y delegación

Atributo de la potestad jerárquica, la avocación es la posibilidad de que el superior ejerza la competencia que le corresponde al inferior. Con un criterio restrictivo de la competencia, hay autores que recaban la expresa habilitación legal para su ejercicio⁸⁵. Sin embargo, el sistema que presentan las normas de procedimiento administrativo da cuenta de la creación de una autorización genérica, salvo idoneidad específica o previsión legal en contrario.

A diferencia de la delegación en la cual los efectos son continuos hasta el acto de su revocación, en la primera no se precisa de un acto de autorización para ejercerla; en el ordenamiento ella surge como una potestad inherente a la superioridad jerárquica. Esto no resulta compartido por Gordillo, quien señala que sus efectos se agotan con cada uno de sus ejercicios, dado que es competencia primordial del inferior, mientras que en la delegación la competencia es del superior.

Es necesario distinguir la delegación de la descentralización, y la desconcentración, diciendo que en la primera de las figuras no se opera una modificación de las estructuras administrativas, como sí sucede en las restantes. La delegación es una técnica que solo incide en la llamada “dinámica administrativa”, es un medio jurídico concreto e individual para desgravar en forma temporal, el peso del ejercicio de la competencia propia⁸⁶.

⁸⁵ Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, Gordillo entiende que su ejercicio no es legítimo salvo que la ley la haya autorizado. *Op. cit.*, pp. XII-26.

⁸⁶ Cfr. sostiene el Profesor Agustín Gordillo, *op. cit.*, pp. XII-23.

III.3.2. Centralización y descentralización

Por intermedio de la centralización las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos superiores de la repartición de que se trate⁸⁷; de ahí que la desconcentración sea una técnica recurrible para su morigeración, por consistir en la atribución de “porciones de competencia” a órganos inferiores de la misma repartición, y por ello no es abordada aquí como un principio de organización administrativa.

Con acierto, ha señalado Giannini que la descentralización “ha sido objeto de discusión más por parte de políticos que por parte de los juristas, con un resultado de confusión nada común”⁸⁸. Formalmente se trata de un sistema contrario al de la centralización, en el cual se sustituyen las reglas jerárquicas por las de supervisión, que no es otra cosa que el poder de tutela exteriorizado en las previsiones del recurso de alzada previsto por las normas marco de procedimiento administrativo.

Este es quizás el principio que apunta directamente al modelo de Estado, ya que se identifica con la transferencia del poder desde una estructura centralizada a otros centros situados en la periferia que tienen, a partir del momento de la transferencia, poder de decisión sobre los asuntos y competencias objeto de la misma⁸⁹. Se distinguen dos clases: la territorial y la funcional. En esta segunda el acento se coloca no en el trasvase territorial sino en el trasvase funcional específico.

Entre los efectos jurídicos de la descentralización se cuentan: personalidad jurídica propia del organismo descentralizado, asignación de partida presupuestaria para su ejecución, y potestad de administrarse a sí mismas.

III.4. La jerarquización de otros principios

Más arriba señalé que, en mi opinión, la reformulación de los principios tradicionales de jerarquía y competencia precisaban no sólo del establecimiento de contornos más precisos, sino también del desarrollo de otros que establezcan mecanismos de intermediación tanto de los particulares con la Administración cuanto de la organización pública entre sí. De allí su cariz procedimental.

Es útil aclarar que los principios que a continuación serán tratados modifican su concepción tradicional. Ello por cuanto los principios abordados fueron pensados como mecanismos auto-organizativos de circuitos y niveles internos de las estructuras burocráticas. Como contrapartida, esta nueva visión que dan los principios que se pasan a tratar, invita a su replanteo a la luz de la técnica constitucional argentina, que antepone el sistema de derechos al sistema de poder. Si bien un análisis de mayor extensión excede el propósito de este trabajo, me limitaré a su formulación y planteo de sus notas esenciales.

⁸⁷ Así, sostiene Gordillo que la centralización es el estadio más primitivo en la evolución estructural de la Administración pública (*op. cit.*, pp. XIV-1).

⁸⁸ Autor y obra citados, p. 289.

⁸⁹ Palomar Olmeda, obra citada, p. 96.

III.4.1. Publicidad de los actos de gobierno

Si bien se destaca el neto contenido procedimental de este principio, se enlaza con el principio de transparencia que es claramente instrumental en el ámbito de la Administración, introducido por conducto de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24.759, en adelante, CICC). Así, su impacto en la organización administrativa reside en el deber que tiene la Administración de conformar su aparato burocrático y establecer sus circuitos internos de manera que se asegure al particular la publicidad de toda la gestión pública, entendida como el acceso en tiempo oportuno a la información adecuada y veraz de la gestión.

Por ejemplo, en materia contractual, los efectos de la CICC determinan la obligatoriedad para la Administración de dar a publicidad –mediante su publicación en el *Boletín Oficial*– toda contratación administrativa, incluso las contrataciones directas. Con acierto, señala Gordillo que con ello la Administración “no pierde la facultad de contratar directamente, pierde la facultad de hacerlo en secreto y sin debate. La contratación directa que conocíamos queda modificada para siempre con esta norma”⁹⁰.

Asimismo, este principio se encuentra reconocido –en Argentina– en el Artículo 1° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al establecer: “[...] todos los actos de gobierno son públicos”.

Es claro que la mentada publicidad o “transparencia” es una forma de control de la actuación administrativa por la facultad que otorga al particular de conocer el funcionamiento de la Administración en general y de cada antecedente o expediente, en particular. Y sus consecuencias van más allá de la toma de conocimiento y el acceso a la información: si la publicidad se integra como uno de los principios de la organización administrativa, y por imperio de la CICC de la contratación pública, de ello se sigue que su inobservancia por la Administración acarrea una violación estatal de tales principios, que habilitan la legitimación del particular para ocurrir a la sede judicial⁹¹.

Esta garantía se encuentra también reconocida en la Ley N° 104 de “acceso a la información” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al establecerse la facultad del particular de ejercer acciones judiciales expeditas para el acceso a la información. Más adelante volveré sobre algunas cuestiones que plantea el sistema.

Sin embargo, con ello no basta. La formulación real del principio exige de la Administración su concreción en las distintas normas organizativas que deben ir recogiendo las diferentes formas de plasmar la transparencia, mediante técnicas que permitan su realización dentro de los circuitos internos de cada repartición⁹², como condición de validez.

⁹⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, pp. XVI-13.

⁹¹ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, pp. XVI-14, lo entiende como principio jurídico rector de la contratación pública conforme el Art. III, inc. 5°, de la CICC.

⁹² Este tema ha sido mejor analizado por la doctrina española, destacándose la obra de Sánchez Morón, “El principio de participación en la Constitución Española”, *RAP* n° 89, Madrid, 1989, y Palomar Oleda, *op. cit.*, pp. 116 y sigs.

III.4.2. Cooperación

Unido al principio de coordinación, constituyen dos caras de una misma moneda y tienden a fomentar la interacción recíproca entre los distintos aparatos administrativos. Se encuentran llamados a regir el campo de las relaciones interorgánicas e intersubjetivas, y se refieren al conjunto de pautas de relación entre poderes. Así, partiendo del respeto a la “autonomía funcional” de cada parte o repartición pública, permite, mediante procedimientos acordados, el entendimiento de todos ellos.

Resáltese que su finalidad es garantizar al particular la toma de decisiones en forma conjunta por las distintas reparticiones en aquellos asuntos que afecten la determinación de competencias, o que las mismas resulten compartidas, o exijan articular una actividad común⁹³, la cual, trascendiendo lo meramente potestativo, emerge como obligación jurídica para la Administración⁹⁴. Ya no basta el cumplimiento de metas o cometidos propios de cada repartición para excusar la responsabilidad del Estado, sino que reclama la acción conjunta de todo el aparato burocrático para la efectiva satisfacción del interés en juego.

Dada la virtualidad de constituir un supuesto de responsabilidad del Estado por omisión, es que sus alcances no se encuentran clarificados por la doctrina extranjera. Así se ha entendido que su observación es voluntaria para la Administración y por ello no necesita invocación expresa, siendo un “principio finalista que enlaza con el objetivo o fin a perseguir”. Esta postura resulta matizada por quienes analizan una serie de supuestos en los que existe cooperación forzosa impuesta por ley... es lo cierto que en los supuestos indicados se produce una sustitución de la voluntad por una imposición de la norma hasta el punto de que la cooperación podría no estar aquí bien utilizada como concepto jurídico. Sin embargo, adviértase que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha matizado su configuración como “facultad de cooperación” hasta el punto de hablarse de un “deber de cooperación”⁹⁵. En el mismo sentido, con carácter instrumental y no material, la jurisprudencia del citado Tribunal se ha pronunciado respecto del intercambio de información como elemento de cooperación.

III.4.3. Programación, desarrollo de objetivos y control de gestión

Hasta el momento, la Administración ha utilizado la técnica de los objetivos esencialmente para confeccionar sus presupuestos. Sin embargo, es una crítica común la fuerte desconexión entre la actividad o circuito presupuestario y la gestión, dado que en muchos tramos del

⁹³ Se sugiere ampliar en la obra de Hernández Lafuente, *Coordinación, colaboración, y cooperación. El desarrollo del principio de cooperación. El funcionamiento del Estado autonómico*, Madrid, 1996.

⁹⁴ Habrá de tenerse presente la opinión del Prof. Cassagne, quien lo entiende en sentido diverso al de esta obra, al señalar que “en la doctrina no existe acuerdo acerca de algunos otros principios como el de unidad y el de coordinación. El mismo constituye en realidad un requisito de toda organización y su base, no revistiendo carácter jurídico” (autor citado, *Derecho Administrativo*, T. I, p. 183).

⁹⁵ Se tratan de las Sentencias Nros. 80/1985 y 125/1988, comentadas en la obra de Morell Ocaña, “Una teoría de la cooperación”, *Documentación Administrativa* nº 240 (octubre - diciembre), Madrid, 1994.

circuito ambas se ignoran mutuamente y conviven como si se tratase de realidades perfectamente diferenciadas. Como lo explica Palomar Olmeda, una vez definidos los objetivos macro, se convierten cada vez más en algo ajeno a los intereses de las propias organizaciones. De allí la importancia y necesidad de que las normas incorporen esta formulación como uno de los principios jurídicos de la organización administrativa.

Por esto parto de la hipótesis de que no puede existir legitimidad en la organización administrativa si no se erige al control, entendido como un conjunto de actos que van desde la programación, supervisión del desarrollo y culminan en la revisión de gestión, como uno de sus principios jurídicos rectores.

En este punto debo señalar que si bien esta noción fue trabajada en la doctrina comparada, su “idea” no es extraña a la tradición nacional y ha sido motivo de advertencia por el antiguo publicista argentino Rodolfo Bullrich, quien en 1921 escribió: “Si la Administración pudiese obrar a su albedrío, sin ninguna restricción, sería de temer que se violaran los derechos individuales y se lesionaran los intereses de los ciudadanos, cuyo patrimonio se vería absorbido por las necesidades crecientes del erario, pues la Administración tiene detrás de sí la fuerza entera del gobierno, de tal manera que el pueblo se halla en cierta medida a merced de ella”. Y más adelante agrega: “[...] cualquiera sea la organización de los poderes públicos, en una monarquía absoluta o en un régimen representativo, la gestión de la fortuna del Estado, deben estar resguardados por un contralor eficaz y una contabilidad ordenada. Toda gestión requiere un control, así como todo mandato implica una rendición de cuentas. No es necesario realizar un gran esfuerzo de análisis para discernir los intereses sociales y económicos que pone en juego el contralor administrativo. La prosperidad financiera del Estado depende tanto de una sabia administración de los dineros públicos basada en un control severo”⁹⁶.

Esta ejecución por objetivos y por programas implica una atenuación de las rígidas potestades de control jerárquico, y su reemplazo por técnicas que implican el autocontrol: en la medida en que se conocen y determinan *a priori* los requerimientos que la organización demanda de cada uno de sus componentes, se contribuye a una mejor medición de cumplimiento de los objetivos mediante el recurso a “indicadores de gestión”. Su importancia es más grande de lo presumible ya que pueden cumplir diferentes funciones, como el apoyo a la planificación y a la presupuestación, a la mejora de la gestión y la eficacia, y a la evaluación de políticas y programas públicos.

Piénsese, ¿cómo podemos formular juicios de presupuestación y gestión si no contamos con evaluaciones de resultados para medir la idoneidad de la aplicación de los recursos?

⁹⁶ Bullrich, Rodolfo, “Curso de Derecho Administrativo... dictado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires por el Profesor Titular de la Materia”, Buenos Aires, 1932, pp. 112, 113.

III.4.4. Servicio efectivo

Lleva implicados los de participación y control por el particular. Tiende a que la Administración garantice al particular los siguientes extremos:

a) la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración.

b) la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinado al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

Este principio, formulado desde la corriente del *new public management*⁹⁷, hace a la posibilidad de participación y control permanente de todo particular que entre en relación con la Administración, y tiene como efecto obtener una mayor libertad en la gestión de recursos y personal, y una más oportuna medición del rendimiento. Como lo destaca Palomar Olmeda, se apunta a una figura que comienza a tener cierta implantación y que se ha identificado con la denominación “cartas de servicios”, que constituyen un instrumento de compromiso sobre “estándares de gestión y calidad”, al que pueden ligarse criterios de resarcimiento ante el mal funcionamiento del andamiaje burocrático. En suma, concluye el autor, “el potencial de las cartas consiste en expresar un consenso sobre un modelo social que afecta al comportamiento y las responsabilidades, a los derechos y deberes, a las expectativas y a la confianza de funcionarios y particulares”⁹⁸.

No escapará que este precepto tiene también un cariz procedimental, ya que una de sus aristas se centrará en la garantía de efectividad de las normas de procedimiento administrativo.

IV. Reflexiones finales

Los distintos modelos de organización administrativa desarrollados en los sistemas internos, me refiero en especial al caso argentino, no han sido pensados desde la peculiar realidad a la cual debieran haber servido y que por ello, acaso, no satisfagan las necesidades propias de sus contextos, agravándose ello a partir del reconocimiento de un proceso de crisis del Estado que desde tiempo atrás ha comenzado a transformar las esferas de actuación del poder.

Ello evidencia que aún la teorización vigente no ha sido el producto de un pensar situado, sino que, por el contrario, han sido el fruto de una incorporación acrítica de modelos. Es que, como señaló el politólogo norteamericano Dwight Waldo, varias décadas atrás: “El

⁹⁷ Si bien se desarrollará en otra parte de este estudio, para una mejor comprensión del tema sugiero ampliar en las obras de Löffler, “La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector públicos de los países de la O.C.D.E.”, *Documentos INAP* N° 8, Madrid, julio 1996. También en Lane, Jan - Erik, *New Public Management*, London, Routledge, 2000.

⁹⁸ Palomar Olmeda, *op. cit.*, p. 125.

Estado es una institución humana, es humano de arriba abajo; no se basa solamente en un sistema formal, en capacidad y número, sino más aún en actitudes, entusiasmo y lealtad. No es ciertamente una máquina que se pueda desmontar, proyectar y montar de nuevo sobre la base de leyes mecánicas. Es más semejante a un organismo vivo. La reorganización del Estado no es una tarea mecánica. Es una tarea humana y ha de enfocarse como un problema de moral y de personal, a la vez que como una cuestión de lógica y organización”⁹⁹.

De ello se sigue que no puede dissociarse el estudio de la Administración pública misma, y, ésta, a su vez, de las especificidades del contexto al que se encuentra destinada a servir.

Siendo ello así, se piensa en la necesidad de reformular los postulados desde los cuales se construyó la concepción actual de la organización administrativa, que así permitan aprehender la nueva realidad que presentan nociones tales como la de “arena pública”¹⁰⁰.

Relativo a la estructuración de sus principios jurídicos, estos podrán ser abordados no ya desde la prerrogativa, sino desde la óptica de los derechos fundamentales, con la consecuente vertebración de aquellas garantías instrumentales que otorguen a los individuos la posibilidad de utilizar herramientas concretas para exigir una Administración eficiente, oportuna y eficaz, a partir de una reflexión contextualizada dentro de un marco de actuación temporal y espacial determinado.

Desde esta perspectiva, aprecio que la organización administrativa argentina, para lograr su legitimidad, necesita satisfacer las exigencias provenientes del plexo de derechos fundamentales especificados en su texto constitucional –con motivo de la reforma constitucional de 1994–, no solo por intermedio de sus nuevos derechos y garantías, sino por las ampliaciones producidas por intermedio de la recepción –en sus condiciones de vigencia– del orden público supranacional de los derechos humanos.

En consecuencia, lo anterior implica –desde mi perspectiva– la necesidad de que se produzcan en el plano normativo las adecuaciones necesarias y suficientes provenientes del nuevo orden constitucional –como plano superior– sobre los principios y reglas de organización, al igual que sobre el procedimiento administrativo.

Un pensar situado en esta materia debe partir de evaluar el modelo de Estado, en crisis, dentro del cual se inscribe, ya que una organización administrativa establecida sin relación con la forma y la filosofía política del Estado en que funciona sería miope y estaría edificada sobre una base falsa. La organización administrativa debe llevar adelante la parte que le corresponde de las cargas del gobierno democrático. La Administración sola, como fuerza social, es inadecuada¹⁰¹.

⁹⁹ Waldo, Dwight, *The administrative State*, N.Y., Ronald Press Company, 1961, p. 262.

¹⁰⁰ Si bien la detenida consideración de esta noción excede en mucho el marco del presente, baste con señalar que “el paradigma de la arena pública comprende, por un lado, el espacio en el cual se desarrollan la actividad pública y el intercambio Estado-sociedad, y por el otro, es expresión de confin con la de ‘esfera pública’ de origen habermasiano, que indica el espacio social en el cual se desarrollan diálogos y conflictos y que sirve para la transferencia de las demandas sociales al cuerpo político”. (Cfr. Salomoni, Jorge Luis, “Estudio Preliminar”, en Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, p. 9).

¹⁰¹ Waldo Dwight, obra citada, p. 264.

ISAAC AUGUSTO DAMSKY

Es entonces que, para el caso concreto argentino—dentro de la realidad iberoamericana—, el análisis debe tener su inicio en la consideración del impacto del orden público supranacional sobre nuestra organización administrativa, para que de manera efectiva, ésta logre operar como una auténtica garantía instrumental para la protección y promoción de sus destinatarios, los particulares, individuales y colectivos.

ELEMENTOS DE ESTUDIO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA*

1. El Estado como persona jurídica

La conformación del Estado como sujeto de derecho fue el producto de un proceso histórico complejo que reconoce como hito fundamental a la teoría organicista, ya que originariamente el poder político no estaba constituido como un sujeto de derecho. Durante la Baja Edad Media, se desarrollaron dos teorías: la Teoría de la Corona y la Teoría del Fisco, de carácter complementario y que representaron un avance importante respecto del reconocimiento de su personería.

Así, en la primera de ellas se sostenía que la Corona era una persona de existencia ideal con derechos patrimoniales propios, distinta de la figura del Rey y de sus bienes, y que constituía un centro de imputación de actos. Integrada por el Rey y por los restantes

* Entre el material utilizado en el presente trabajo, se citan: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1; García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 1; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1; Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I; García Pullés, Fernando, *Casos prácticos de Derecho Administrativo*; Barraza, Javier I. y Schafrik, Fabiana H., *El Control de la Administración Pública*; Atchabahian, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública. Tratado sobre la Ley N° 24.156 y las de contabilidad y de obras públicas*; Damsky, Isaac Augusto, “El Sistema de Auditoría General como técnica de control de la Administración financiera” (*AEDP* n° 13), “El problema del concepto Administración pública y la validez de los principios jurídicos de la organización administrativa” (*AEDP* n° 15/16), “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica” (*A&C*, n° 25), “Aproximación a la crisis del sistema de Control Público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos” (*EDA*-julio 2009).

estamentos del poder, esta figura permitió que el Rey ejerciese un mayor poder sobre los súbditos y los estamentos, al tiempo que configuró un cierto límite respecto del poder real, sobre todo en relación con los bienes y el cumplimiento de las leyes fundamentales (Balbín).

Por su parte, para la segunda postura, el Fisco consistía en un sujeto titular de derechos y obligaciones con patrimonio propio, de carácter privado, que se encargaba de limitar el poder del Rey en tanto éste debía actuar según las reglas del Derecho Privado y a su vez podía ser sometido por ante los tribunales de justicia. Esta noción que aparece primeramente en el derecho romano, fue luego reconfigurada en la época de auge del Estado Político.

En su acepción originaria, el Fisco aparecía equiparado al “hombre común u ordinario que administraba sus bienes”, hallándose sometido al derecho civil. Se lo diferenciaba del Estado propiamente dicho, que carecía de bienes, pero que poseía *imperium*. De esta forma la doctrina del Fisco adquirió gran importancia en la organización del derecho durante el llamado régimen de policía porque, en defecto de protección jurídica frente a la Administración, dicha doctrina suministró un sustitutivo al establecer que el Jefe de Estado, o el Estado mismo, podía ser demandado como Fisco ante los tribunales civiles (Marienhoff). Claramente, la Teoría del Fisco supuso una distinción entre el Estado, que no tiene patrimonio, sino solamente poder soberano, y el Fisco, que no tiene poder público, sino solo patrimonio (García de Enterría), alineándose de esta forma, y por primera vez, los criterios para la demandabilidad del Estado, situación que hasta ese momento era imposible.

Posteriormente, en el siglo XIX, los intérpretes alemanes entendieron que el titular de la soberanía era el Estado, ello a diferencia de lo acontecido en: (a) el Estado monárquico clásico en el que el titular de la soberanía era el Rey y (b) el modelo liberal en el que el titular de la soberanía era el propio pueblo. La razón de ser de este cambio se determinó en la necesidad que plantearon los juristas alemanes de reconstruir un régimen de derecho público autónomo, para lo cual había que reconocer al Estado como titular de derechos y obligaciones. Esto es, con personalidad jurídica propia.

En Francia, en cambio, el poder real resultó limitado, primero, por el derecho natural y el de gentes; y luego, mediante la distinción introducida en el siglo XIX entre los actos de autoridad y los de gestión. Éstos últimos estaban regidos por el derecho privado y sometidos a los tribunales ordinarios; en tanto los de autoridad eran consecuencia del ejercicio de los poderes públicos reglados por el derecho público.

De esta manera se aprecia que estas corrientes presentadas, allende la aplicación de un régimen normativo común o especial traducido en una o dos ramas del derecho, evidenciaron que el Estado es una persona jurídica (Balbín). De tal forma que en nuestros días es incontrastable que la personalidad del Estado es única, si bien ésta puede desenvolverse en ambas esferas jurídicas: la privada y la pública (Marienhoff).

Llegados a este punto, cabe destacar que la personificación del poder estatal posibilitó: (a) la construcción de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares y la subsecuente imputación de las conductas estatales en el propio Estado, configurándose como un centro único de imputación; (b) el reconocimiento y progresivo desarrollo de la responsabilidad del Estado; (c) el afianzamiento de las obligaciones jurídicas del Estado con su patrimonio; (d) la organización administrativa interna del Estado.

En nuestro país, la Constitución Nacional reconoce claramente la personalidad del Estado. Ello es así en tanto, al establecer la organización política del país, determina las unidades políticas a las que se les reconoce dicha personalidad jurídica en orden al cumplimiento de sus fines: Nación, Provincias, Municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello, a partir de lo dispuesto en los Artículos 1º, 5º, 13, 121, 122, 123 y 129 del texto constitucional. A ello cabe agregar el reconocimiento constitucional—en su Artículo 75, inciso 19, 3º párrafo—de la autonomía y autarquía de las universidades nacionales; la previsión contenida en el Artículo 75, inciso 24, respecto de la facultad del Congreso de la Nación de aprobar tratados internacionales de integración mediante los cuales se deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, y, finalmente, lo atinente a la facultad de conformación de regiones bajo las previsiones del Artículo 124 del texto constitucional.

Luego, nuestro Código Civil, tras delinear a las personas jurídicas en sus Artículos 31 y 32, distinguirá, en su Artículo 33, a las personas jurídicas públicas (esto es: Estado nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, Iglesia Católica) de las personas jurídicas privadas (asociaciones, fundaciones, sociedades civiles y comerciales).

No obstante lo expuesto, no puede equipararse al Estado con las otras personas de existencia ideal previstas por el ordenamiento, tales como las asociaciones civiles o las sociedades comerciales. Esto es así ya que la persona jurídica estatal posee caracteres propios: es un ente único, originario y, en cierto sentido y según el ordenamiento vigente, superior. Características que los sujetos de derecho privado carecen.

Se sostiene su carácter único puesto que el Estado comprende todas las funciones estatales y su organización, independientemente de la discusión en torno a si cada uno de los poderes del Estado tiene personalidad jurídica o solo el Estado en sí mismo, sin perjuicio de la representación en juicio de los poderes estatales por separado o por medio de los servicios jurídicos del Poder Ejecutivo (Balbín). Es importante destacar respecto de este tema que los Tribunales Especializados han señalado: “No obstante estar integrado por distintos órganos, la personalidad jurídica del Estado nacional es una sola [...] Por el contrario, al no ser entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, los órganos integrantes de la referida persona Estado Nacional carecen de aptitud para ser partes en el proceso [...] No existe óbice, por otra parte, para que el Estado Nacional sea representado en juicio por el organismo que corresponda” (“Cornejo, Martín c/ Estado Nacional”, CAF, Sala IV, 20-12-1996). En similar sentido de ideas, un sector muy destacado de la doctrina española remarca la personalidad jurídica única del Estado, que abarca la totalidad de su organización sin perjuicio de que esa unidad se traduzca en una pluralidad de capacidades jurídicas (García de Enterría).

Otro de los caracteres es su nacimiento originario, no derivado, no creado por ningún otro sujeto, ni dependiente de la voluntad de cualquier otro, lo cual lo diferencia de las demás Administraciones que deben su personificación precisamente a otra administración o eventualmente a una ley que le da origen (García de Enterría). El Estado surge del texto constitucional en tanto representa la norma fundamental atributiva de sus potestades de intervención y relativa a su organización y funcionamiento. El Estado, se insiste, surge directamente del texto constitucional y no de las leyes u otras normas reglamentarias

(Balbín). Ello también prefigura a la superioridad estatal: en razón de las prerrogativas exorbitantes que exclusivamente éste ejerce en su calidad de tal, es superior al resto de las personas.

2. Personas jurídicas públicas estatales, no estatales y privadas

En la sistemática del Código Civil argentino, quienes pueden adquirir derechos y contraer obligaciones pueden ser personas físicas o jurídicas (cfr. Arts. 30 a 32). Luego, en su Artículo 33, se distingue entre las personas jurídicas de carácter público o privado. Entre las primeras incluye: al Estado Nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica, en tanto entre las segundas contempla a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades civiles y comerciales.

Respecto de la distinción entre las personas jurídicas públicas o privadas, el problema se verifica frente a la existencia de una multiplicidad de sujetos jurídicos que no están incluidos de modo expreso entre los entes públicos o privados mencionados en el Código. Por este motivo, si bien se han desarrollado diversas teorías para procurar distinguir entre ambas categorías, lo cierto es que los criterios más relevantes que permiten configurar el concepto de personas de carácter público con alcance conjunto son los siguientes: (a) su creación por acto estatal; (b) sus recursos públicos; (c) su fin público; (d) sus potestades estatales y (e) el control estatal (Marienhoff, Cassagne).

Llegamos entonces a la tercera distinción: los sujetos públicos pueden ser además estatales o no estatales. Se ha entendido que el ente público es estatal cuando: (a) es de creación estatal, generalmente por ley; (b) ejerce potestad de imperio; (c) satisface fines estatales específicos; (d) es de patrimonio estatal y ciertos bienes de ese patrimonio tienen la calidad de bienes del dominio público; (e) está sometido al control estatal (Marienhoff).

Por su parte, se sostiene que los entes públicos no estatales tienen las siguientes características: (a) pueden ser o no de creación estatal, si bien en general su creación es por ley; (b) persiguen fines de interés público; (c) gozan de ciertas prerrogativas de poder público; (d) las autoridades estatales ejercen un contralor intenso sobre su actividad; (e) no son de patrimonio estatal, en principio su capital es aportado por sus propios afiliados; (f) sus empleados no son funcionarios públicos; y (g) sus actos no revisten el carácter de actos administrativos. Así, dentro de esta categoría encontramos a la Iglesia Católica (cfr. Código Civil), los colegios profesionales, las cajas provisionales, entre otros. El dato en común es que el Estado puede decidir crearlos, regularlos en sus elementos esenciales y transferirles ciertas potestades generalmente reguladoras y sancionatorias (Balbín). Lo dicho determina que el régimen jurídico de las personas públicas estatales sea ciertamente de derecho público, combinando en ocasiones elementos del derecho privado. En cambio, en el caso de las personas públicas no estatales, éste concurre con mayor o menor intensidad.

Ahora bien, actualmente se sostiene la necesidad de redefinir a estas instituciones, especialmente en torno al campo de las personas públicas no estatales y la problemática anudada respecto de la posibilidad de existencia de personas jurídicas privadas y estatales. Ello es debido a dos razones: primero, el proceso de privatizaciones que tuvo lugar en

Argentina durante la década de los noventa que, salvo excepciones, disolvió el modelo industrial o comercial del Estado. Segundo, porque si bien en la actualidad el Estado retomó ciertas actividades comerciales e industriales a través del proceso de reestatización, debe advertirse que lo hizo bajo un ropaje distinto, esto es, mediante la utilización de sociedades anónimas de propiedad estatal, con un régimen jurídico propio, incorporadas con carácter permanente a las estructuras estatales (Balbín). Claro está, salvedad hecha del carácter transitorio bajo el cual el Estado ha justificado su actual intervención en la modalidad comentada.

No obstante la apuntada transitoriedad, lo cierto es que el Estado creó sociedades anónimas, en los últimos años, despojadas de dicha nota temporal y sujetas a un régimen basado en la Ley de Sociedades Comerciales, pero con modulaciones propias, de suerte que sus regímenes suelen ser dispersos y casuísticos a pesar de que respondan a las siguientes notas: (a) el socio es el propio Estado, con carácter exclusivo; (b) el patrimonio es estatal; (c) las sociedades son controladas por el órgano de control externo; (d) las sociedades integran las estructuras del Poder Ejecutivo (Balbín).

Ello es razón de más para verificar el acaecimiento de un fenómeno novedoso vinculado con las técnicas de intervención del Estado en la economía, porque, otrora, cuando el Estado intervino como prestador y no como regulador de actividades industriales o comerciales, utilizó las figuras de las sociedades comerciales con un formato propio y específico, esto es, las empresas, y luego las sociedades del Estado –tornando necesario reparar en el entramado de los regímenes específicos de las Leyes N° 13.653 (de empresas del Estado) y su Decreto Reglamentario N° 5.883/1955; N° 19.550 (de sociedades comerciales, específicamente en sus Artículos 308 a 314, respecto de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria), Decreto Ley N° 15.349/1946 (de sociedades de economía mixta) y N° 20.705 (de sociedades del estado)–, mientras que en el último lustro se verifica una tendencia recurrente al tipo común del derecho privado, las sociedades anónimas, en paralelo a diseños institucionales facilitadores de renovados mecanismos de interacción entre lo público y lo privado. Tal lo acontecido con los regímenes de iniciativa privada y asociación público privada previstos en los Decretos Nros. 966 y 967 de 2005.

Sin embargo, no puede soslayarse al sector doctrinario que, categóricamente, postula la inexistencia de entes estatales privados. Para este sector, si bien coincide en que las personas o entes públicos –regidos total o parcialmente por el derecho público– pueden o no ser estatales, niegan la posibilidad de que las personas estatales puedan ser indistintamente personas de derecho público o de derecho privado. No enerva lo expuesto el hecho de que frecuentemente el Estado intente revertir la tendencia y crear entidades estatales pretendidamente regidas por el derecho privado, o estatizar empresas privadas con la intención de manejarlas por el derecho privado o crear fondos especiales en esta impronta. Es que se opone a ello la doctrina moderna de la personalidad única del Estado, si bien referida al Estado central, es –a criterio del sector citado– enteramente aplicable a todas sus entidades descentralizadas, las que por el hecho de formar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar regidas en alguna medida por el derecho privado en cuanto al objeto de sus actos. Ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etc., estará siempre

regido por el derecho público y sólo podrá quedar para el derecho privado lo referente al contenido de sus actos. En tal inteligencia, el derecho administrativo argentino en su conjunto se muestra reacio a admitir el funcionamiento de personas estatales en un régimen jurídico privado. Tal lo acontecido con las empresas del Estado y las Sociedades del Estado, que al principio fueron regidas por el derecho privado pero a las que luego les fueron aplicadas diversas normas de derecho público (Gordillo).

3. Centralización y descentralización

Las técnicas clásicas de distribución de competencias en el aparato propio del Poder Ejecutivo son la centralización y descentralización. De allí su importancia en tanto son formas de hacer efectiva la actividad de la Administración pública, ya que aquellas determinan, respectivamente, una organización centralizada o descentralizada (Marienhoff).

A su vez, estos dos modos de distribución de competencias coinciden con el modelo estructural estatal de órganos (centralización) y entes (descentralización) –Balbín–.

Ambas nociones son cardinales en la organización administrativa, siendo utilizadas para establecer el ámbito de aplicación de las principales normas de derecho administrativo; tal lo que acontece con el Artículo 1º de la Ley Nº 19.549 y el Artículo 8º, inciso “a”, de la Ley Nº 24.156. Ésta última norma encuentra en una posición central a las nociones que ahora nos ocupan, dado que informan a la noción de “Administración nacional” como componente fundamental del “Sector Público Nacional”, ámbito este de aplicación, a su vez, del régimen de contrataciones de la Administración nacional (cfr. Art. 2º, Decreto Nº 1.023/2001).

La centralización importa reunir varias materias en un centro común implicando dependencia de un poder central en una relación piramidal. Por intermedio de la centralización las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos superiores de la Administración, mientras que –cabe aclarar– en la desconcentración se han distribuido facultades en órganos inferiores y no en entes; y su sentido es que las decisiones y la responsabilidad consecuente estén centradas en los órganos inferiores, sin perjuicio del poder de revisión del órgano jerárquico superior (Balbín).

La descentralización tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico confiere competencias en forma regular y permanente a un nuevo ente, denominado descentralizado, el que se encuentra separado de la Administración central, dotado de personalidad jurídica propia e integrado por órganos propios que expresan la voluntad de este ente descentralizado de que forman parte. Los autores postulan, en aras de la estabilidad y continuidad democrática, la necesidad de que los nombramientos de sus autoridades de los entes descentralizados tengan vencimiento en forma escalonada y nunca con la renovación presidencial de la Nación (Gordillo).

Así, de acuerdo a lo tratado en el punto anterior, los entes descentralizados tienen algunas características básicas comunes, tales como: (a) personalidad jurídica propia, (b) asignación legal de recursos, (c) patrimonio estatal, (d) facultad de administrarse a sí mismos, (e) creación estatal.

Las técnicas presentadas se diferencian, principalmente, en lo siguiente: la desconcentración, a diferencia de la descentralización, tiene lugar entre órganos de un mismo ente. Se diferencian ambas figuras, respecto del vínculo que une al órgano con el Poder Ejecutivo ya que en la desconcentración ese vínculo se denomina poder jerárquico y en la descentralización se trata del control de tutela, que otorga limitados poderes de control y de dirección sobre el ente.

4. Autarquía y autonomía

En el punto anterior se presentó al modelo clásico de organización estatal, a saber, la Administración central integrada con órganos y la Administración descentralizada compuesta por entes. Dentro de éste último, cabe distinguir entre entes autárquicos y autónomos.

Así, en materia de descentralización, tradicionalmente se distinguen dos conceptos escalonados: (a) “autarquía”, que significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para administrarse a sí mismo; y (b) “autonomía”, que agregaría a la característica anterior la capacidad para dictarse sus propias normas, dentro del marco normativo general dado por un ente superior. No obstante, calificada doctrina rechaza la apuntada diferencia de grados, por cuanto sostiene que también los entes autárquicos poseen aptitud para dictarse sus propias normas, siendo que la autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse a sí misma, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento (Gordillo).

Sin embargo, otro sector doctrinario postula que el modelo actual avanza hacia la creación de estructuras con mayor grado de descentralización, de suerte que el carácter autónomo supera a la arquetípica estructura autárquica por cuanto lo independiza del Estado central, incidiendo sobre el alcance de sus potestades reglamentarias. Sobre este punto, este sector opina que el ente puede ejercer un poder reglamentario autónomo y no sujeto respecto de los decretos del Ejecutivo, cuando es creado por el convencional constituyente. En el caso de los entes creados por decisión del legislador, el cuadro es distinto y complejo. El ente puede ejercer poderes reglamentarios propios y prescindentes del poder del Ejecutivo, siempre que el Congreso habilite ese traspaso y el Presidente preste su consentimiento. Estas características posibilitarían vislumbrar a la estructura estatal de manera distinta de cómo se lo hacía hasta ahora, de suerte que la organización estatal puede ser vista como construida con base en: (a) el Estado central; (b) el ente descentralizado; (c) el ente autónomo. Esta tendencia se agudizó con la reforma constitucional de 1994 ya que el convencional incorporó figuras y conceptos con características en parte desconocidas en nuestro régimen jurídico, tales como: (a) los entes reguladores –Art. 43, CN–; (b) las universidades estatales –Art. 75, inc. 19, CN–; (c) la Auditoría General –Art. 85, CN–; (d) el Defensor del Pueblo –Art. 86, CN–; (e) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Art. 129, CN– y (f) los Municipios –Arts. 5º y 123, CN– (Balbín).

Ahora bien, siguiendo a este sector, cabe aclarar que si bien el desarrollo comparado de los entes autónomos propone el desapoderamiento de facultades materialmente administrativas y legislativas del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo con el objeto de

crear un Estado neutral, eficiente e independiente de los poderes políticos, no fue este el objetivo del constituyente de 1994, por cuanto los entes creados no son independientes de los poderes políticos, sino simplemente autónomos, diseñados bajo el principio de legalidad y bajo el matiz de los principios constitucionales de: (a) participación –que presupone un proceso con intervención plural de los actores y conocimiento público– y (b) especialización del Estado o postulado de la especialidad. Si bien, este sector aboga por la necesidad de lograr la efectiva implementación de estos principios, todo lo cual constituye una asignatura aún pendiente (Balbín).

5. El estatus jurídico de las Universidades Nacionales y de los Municipios.

En el marco de los entes descentralizados autónomos encontramos entes autónomos territoriales, como los Municipios, y entes autónomos institucionales, como el caso de las Universidades Nacionales, públicas y estatales.

Respecto de las Universidades, antes de la reforma constitucional de 1994, la Constitución, si bien las reconocía, nada decía sobre su carácter autónomo o autárquico, de tal suerte que hasta ese momento se discutía: (a) su calificación jurídica, (b) el alcance de los poderes de intervención del Poder Ejecutivo y (c) la extensión de las previsiones del régimen de procedimientos administrativos en punto a la procedencia o no del recurso de alzada, ya que, si las Universidades podían ser consideradas como autárquicas, las consecuencias jurídicas más relevantes eran: (a) la procedencia del recurso de alzada ante el Ministerio de Educación y, consecuentemente, la posibilidad de revisión de sus decisiones por el Poder Ejecutivo; (b) la resolución por el órgano presidencial de los conflictos suscitados entre el Ministro de Educación y la Universidad, dado el carácter de conflicto interadministrativo. Puede decirse que ello fue así hasta la restauración de la democracia en 1983 y el dictado de la Ley Nº 23.068, que restableció el estatuto universitario que regía en el año 1966 (Balbín), si bien el paso significativo hacia la autonomía recién llegaría con la reforma constitucional de 1994, en donde el constituyente definió expresamente a las Universidades como entes autárquicos y autónomos, en su Artículo 75, inciso 19. En base a ello es que a través del dictado de la Ley Nº 24.521 de educación superior de 1995 definió el concepto de autonomía académica e institucional y estableció la impugnación judicial de sus decisiones por intermedio del recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la Universidad (Arts. 29 y 32).

Ahora bien, previo a la reforma, la Corte Suprema se pronunció sobre los conflictos interpretativos en 1991, en el caso “UBA c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad del decreto” (*Fallos*: 314:570, 18-6-1991), estableciendo que las Universidades sólo gozan de autarquía administrativa, económica y financiera y que el concepto de autonomía universitaria debe ser interpretado no en estricto sentido técnico, de suerte que la denominada autonomía no impide que otros órganos controlen la legitimidad de sus actos. El tribunal no se expidió sobre la procedencia del recurso de alzada, sino que se limitó a verificar la existencia de un conflicto interadministrativo y la inexistencia de materia justiciable, estableciendo: (a)

el carácter autárquico de las Universidades, sin perjuicio de su autonomía científica y cultural; (b) la facultad del Presidente de controlar sus actos mediante el recurso de alzada y (c) la calificación de conflicto interadministrativo, sujeto a la resolución presidencial, de todo conflicto entre las Universidades y el Poder Ejecutivo.

En este contexto, el Poder Ejecutivo mediante el Decreto N° 1.883/1991, modificó el Artículo 74 del reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1.759/1972) e incluyó a las Universidades nacionales dentro del régimen del recurso administrativo de alzada, si bien –como se dijo–, posteriormente, en 1995, se estableció como único mecanismo revisor la impugnación judicial de sus decisiones mediante el recurso previsto en el Artículo 32 de la Ley N° 24.521.

Respecto de los Municipios, antes de la reforma constitucional de 1994, se discutía si eran entes autárquicos o autónomos. No hay un criterio judicial uniforme, sino que es más bien incierto, con idas y vueltas, de suerte que en aquellos casos en que la Corte Suprema Nacional reconoció el contenido autonómico de los municipios, no dio mayores precisiones sobre cuál es el alcance de este concepto. Mientras que así, en el caso “Rivademar c/ Municipalidad de Rosario” (CSJN, *Fallos*: 312:326, 21-3-1989), el máximo tribunal sostuvo que los caracteres de los municipios no coinciden con las propiedades de los entes autárquicos por su origen constitucional; su base sociológica, la imposibilidad de su supresión, la elección popular de sus autoridades, entre otras notas salientes. Luego, en “Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe” (CSJN, *Fallos*: 314:495, 4-6-1991), este mismo Tribunal volvió sobre su criterio anterior y sostuvo que el municipio es un ente autárquico.

No obstante ello, la reforma constitucional constituyó un claro avance en esta materia. Posibilitó que actualmente la discusión se centre en el significado y alcance de la autonomía conferida por la reforma constitucional en su Artículo 123, debido a que el municipio es autónomo en el sentido de que la Constitución reconoce ciertas competencias municipales, de modo que tendrá más o menos competencias, pero en ningún caso menos que aquellas que reconoció el propio convencional nacional. Es decir que el municipio no sólo tiene los poderes transferidos por las provincias, por medio de sus constituciones o leyes orgánicas, sino además los poderes que el convencional prevé en el Artículo 123. No obstante, un sector de la doctrina cuestiona la real autonomía del municipio dado que ese carácter constitucional no es otra cosa sino un concepto indeterminado mediante el cual no puede establecerse *a priori* el alcance del campo autonómico municipal. Este sector sostiene que el contenido de las ideas de autonomía debe definirse como un concepto comprensivo del poder de gobierno de sus asuntos y disposición irrestricto de los recursos municipales por el propio municipio (Balbín).

6. La imputación de conductas al Estado

Reconocido ya el Estado como persona jurídica, surge el problema relativo al modo en que se le imputan sus propias conductas. Para ello se elaboraron distintas concepciones, entre las que se destacan como las más conocidas las llamadas teorías del mandato y de la representación.

6.1. El abandono de las teorías del mandato y la representación legal

La teoría del mandato intentó solucionar este problema atribuyendo como centro de imputación de la voluntad de la persona física a la correspondiente persona moral, sobre la base de que las personas físicas actuaban como mandatarios del Estado. Pero esta concepción se reveló como insuficiente en la medida en que ella supone postular que la persona moral pueda declarar su voluntad de antemano, al otorgar ese mandato, presuponiendo lo que se pretende explicar a través del procedimiento de imputación (Cassagne).

Al resultar esa tesis inadecuada, se acudió a la teoría de la representación legal que, respecto de las personas jurídicas, se pretendía que ejercían las personas físicas, de un modo similar a los representantes legales de estas últimas. Si bien se le reconoció a esta concepción una superioridad técnica, lo cierto es que tropezó con dificultades insalvables ya que no pudo explicar cómo es que el propio Estado designa su representante legal, dado que si la representación presupone la existencia de dos voluntades, sería imposible al Estado designar su representante, pues él carece en ese momento de voluntad (Cassagne).

6.2. La teoría del órgano

Será entonces la teoría del órgano la que mejor explique los vínculos que existen entre la persona jurídica y quienes, al expresar su voluntad, imputan la respectiva declaración o hecho material, a la entidad.

Esta concepción, que explica la índole de las relaciones entre el órgano y el grupo, dejando de lado la idea técnica de la representación, se basa en la inexistencia de la relación jurídica de representación entre uno y otro en virtud de que ambos son expresión de una misma realidad que es la persona jurídica Estado. Así, el órgano deriva de la propia constitución de la persona jurídica, integrando su estructura. De ese modo, cuando actúa el órgano es como si actuara la propia persona jurídica, no existiendo vínculos de representación entre ambos. Así, el órgano no actúa en base a un vínculo exterior con la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización, generándose una relación de tipo institucional, que emana de la propia organización y constitución del Estado o de la persona jurídica pública estatal (Cassagne).

7. Competencia. Concepto

La competencia puede considerarse desde muchos puntos de vista; puede analizarse en su condición de principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado y, también, en su faz dinámica y concreta, como uno de los elementos esenciales del acto administrativo (Arts. 3º y 7º, inciso “a” de la Ley N° 19.549).

Es sabido que la competencia es el conjunto de potestades que surge del ordenamiento jurídico, esto es, la capacidad o aptitud de los poderes públicos para obrar y cumplir sus cometidos (Marienhoff, Gordillo, Cassagne, Balbín, entre otros). Constituye el principio que predetermina, articula y delimita la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades públicas del Estado con personalidad jurídica. Puede ser, asimismo, definida

como el conjunto o círculo de atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos públicos estatales o bien con un alcance jurídico más preciso, como la aptitud de obrar, o legal de un órgano o ente del Estado (Cassagne). No debe confundirse la competencia con el ejercicio de la función: ésta es el género y la primera, su especie, determinando ello que para que el acto sea válido es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano lo sea dentro de la competencia del mismo (Gordillo).

Dado que la competencia configura jurídicamente un deber-facultad no existiendo realmente un derecho subjetivo a su ejercicio, se sigue que sean sus caracteres los siguientes: (a) es objetiva, (b) obligatoria, (c) improrrogable, (d) irrenunciable. Cabe destacar que los principios de obligatoriedad e improrrogabilidad han sido receptados por el Artículo 3° de la LNPA.

7.1. Competencia en razón del tiempo

La competencia en razón del tiempo es factible distinguirla según sea (a) permanente, (b) temporaria o (c) accidental. Por regla general es permanente en cuanto el órgano de que se trata puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas (Gordillo). Se relaciona con su período de duración o del plazo o situación a partir del cual ella corresponda prescribiéndose en la Constitución Nacional algunos supuestos, tal como surge del Artículo 99, incisos, 13, 16 y 19 (Cassagne).

7.2. Competencia en razón del territorio

La competencia en razón del territorio se refiere a la determinación en base a circunscripciones territoriales, que limitan geográficamente el campo de acción de los órganos y sujetos. Es posible clasificarla según la organización política de cada país en nacionales, provinciales y municipales (Gordillo).

7.3. Competencia en razón del grado

La competencia en razón del grado se denomina, también, vertical y se encuentra vinculada a la jerarquía. La organización administrativa se integra generalmente en base a una estructura piramidal en cuya cúspide se ubica el órgano superior (Cassagne). Como clasificación, puede hablarse de competencia (a) centralizada, (b) desconcentrada, (c) descentralizada (Gordillo), de acuerdo al carácter del órgano o ente que lo ejerce (para ello remitimos supra, punto 3).

7.4. Competencia en razón de la materia

La competencia en razón de la materia se refiere al contenido u objeto del acto administrativo. Su clasificación reposa en la sustancia o naturaleza del acto conforme al derecho objetivo (Constitución, Ley, Reglamento) que confiere una serie de atribuciones a los órganos y sujetos estatales para la realización de sus cometidos propios, y que en el marco de tales funciones conferidas normativamente los mismos pueden actuar (Cassagne).

8. Jerarquía. Concepto

La jerarquía es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí a los órganos de la Administración mediante poderes de subordinación, para asegurar la unidad en la acción estatal (Gordillo). Ha sido definida como el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados aunque en realidad se trata del principio que los reduce a la unidad y la recíproca situación en que están los órganos en una entidad. Los principales efectos que se derivan de la relación jerárquica trasuntan para los órganos superiores el reconocimiento de las siguientes facultades: (a) dirigir, impulsar y controlar la actividad del órgano inferior; (b) avocarse al dictado de actos correspondientes a las competencias de los órganos inferiores; (c) delegar la facultad de emitir actos determinados; (d) resolver conflictos inter-orgánicos de competencia de los órganos inferiores; (e) designar funcionarios que ejerzan titularidad de órganos inferiores. De esta manera, puede apreciarse que la jerarquía presupone y se basa en la preexistencia de una serie de órganos caracterizados por dos figuras típicas: la línea y el grado (Cassagne).

8.1. Las líneas jerárquicas

Las líneas jerárquicas se forman por el conjunto de órganos en sentido vertical.

8.2. Los grados jerárquicos

Los grados jerárquicos se conforman por la posición o situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea.

9. Delegación y avocación. Desconcentración

La delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquella corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior, mientras que la avocación es el proceso inverso. Es decir, posibilita que el superior ejerza la competencia que corresponde al inferior y, si bien los autores tradicionales (Marienhoff) señalan que requiere de autorización legal expresa, lo cierto es que la LNPA ha creado una suerte de autorización genérica con excepción de los casos en que la competencia del inferior sea expresa o implícitamente exclusiva, o se trate de un ente descentralizado, en cuyo caso la avocación no puede tener lugar (Gordillo).

Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y de la desconcentración tratada más arriba. En estas últimas hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano inferior, mientras que en la técnica que nos ocupa se instrumenta mediante acto administrativo, siendo en consecuencia que es la propia Administración la que dispone tal delegación de funciones. Por otra parte, en la desconcentración y descentralización una vez que han sido dispuestas, la competencia pertenece exclusivamente al inferior y el superior solo puede supervisar. En el caso de la delegación el órgano que recibe la competencia

delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercer. Cuando se trata de competencia delegada, el órgano superior puede siempre retomar la competencia conferida o atribuírsela a otro órgano. Por el contrario, en el caso de la competencia descentralizada o desconcentrada el superior sólo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico (Gordillo).

10. Control de la Administración pública

El modelo de control de la Administración pública actualmente imperante es el establecido en 1992 en la Ley N° 24.156, llamada Ley de Administración Financiera (LAF), en la que se establece una sola modalidad de control bajo la técnica de auditoría, presuponiendo dicha técnica el ejercicio de un control posterior—explicitado ello en reiterados pasajes del texto legal— sobre actividades y no sobre actos, de carácter selectivo, por cuanto solo puede auditarse aquello que se ha contemplado previa y expresamente en el plan anual de trabajo, y cuyo objetivo se cumple con la emisión de informes de auditoría, los cuales se limitan a la formulación de observaciones, comentarios y recomendaciones, pero sin potestades de intervención concreta sobre las actividades sometidas a control.

El actual modelo suprimió la intervención previa y la utilización de las facultades impeditivas y preventivas que anteriormente se le reconocieron al Tribunal de Cuentas de la Nación.

La ley estableció dos organismos rectores: la Auditoría General de la Nación (AGN), como controlador externo, órgano de asistencia del Congreso de la Nación, en la materia, y la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), como controlador interno pero con jerarquía de Secretario de Estado y, consecuente, dependencia del Poder Ejecutivo. Luego, estableció la figura de la unidad de auditoría interna (UAI), un órgano administrativo al que se le encomienda el control interno de cada una de las jurisdicciones, en una doble dependencia: por un lado, de su superior jerárquico, titular de la jurisdicción a controlar; por el otro, de la SIGEN, en los aspectos técnicos.

10.1. Control interno. Concepto. Organismo competente

Antes de la sanción de la LAF el control interno estaba a cargo de la Contaduría General de la Nación y a partir de la nueva ley el legislador creó la Sindicatura General de la Nación como órgano rector, normativo, de supervisión y coordinación del control interno del ejecutivo, dependiente del Presidente de la Nación.

Su estructura se integra por un Síndico General designado por el Presidente, con rango de Secretario de Estado, con dependencia directa del órgano presidencial, y tres Síndicos Generales Adjuntos.

Por su parte, la LAF creó las unidades de auditoría interna (UAI) como órgano de control interno para cada una de las jurisdicciones administrativas. Esta figura posee la peculiaridad de que si bien depende jerárquicamente del órgano superior de cada organismo, está coordinada técnicamente por la Sindicatura General, órgano que: (a) dicta las normas de control interno, (b) aprueba los planes de trabajo de las UAI y supervisa su desempeño,

(c) verifica el cumplimiento de las observaciones y recomendaciones emitidas por las UAI a los órganos auditados, (d) asesora al Poder Ejecutivo en materia de control y está obligado a imponerle los actos que pudieren perjudicar al patrimonio público.

El modelo de control interno establecido en la LAF se desarrolló en base a la técnica de auditoría, fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia y consistiendo en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de los órganos controlados, abarcativo de los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión.

10.2. Control externo. Concepto. Organismo competente

Antes de la sanción de la LAF el control externo estuvo a cargo del Tribunal de Cuentas de la Nación –de inspiración europea–, órgano independiente, profesionalizado y estable, que ejercía control tanto administrativo como jurisdiccional –juzgamiento de la responsabilidad de los agentes públicos– con la modalidad tanto previa, como concomitante y posterior, comprendiendo la totalidad de los actos estatales (control integral). Tuvo a su cargo el control del proceso privatizador. Fue disuelto y con el dictado de la LAF se adoptó el modelo anglosajón de control por medio del sistema de Auditoría. La LAF creó la Auditoría General de la Nación (AGN), ente colegiado, con un colegio de auditores generales integrado por siete miembros, cuya presidencia es designada a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores del Congreso. La AGN fue posteriormente jerarquizada mediante su reconocimiento en el Artículo 85 del texto constitucional reformado.

En cuanto a sus funciones como controlador externo, estas se limitan al ejercicio de un control posterior, bajo la técnica de auditoría. A diferencia de su antecesor no ejerce control ni previo ni concomitante, ni tampoco cumple funciones jurisdiccionales. No es ocioso recalcar que el sistema de control instaurado por la LAF al reducir tanto el control interno cuanto el control externo a un control bajo la técnica de auditoría, la que por su propia naturaleza se limita a ser un control posterior –generalmente a ejercicio presupuestario vencido– circunscripto a un plan de acción anual –selectivo y no integral–, cuyo objeto se cumple con la emisión de un dictamen de auditoría limitado a emitir opiniones, observaciones y recomendaciones, pero desprovisto de potestades de intervención, no puede sino concluirse en que el control administrativo en la actualidad se encuentra francamente desvalido.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

**APROXIMACIONES A LA LEGITIMACIÓN PROCESAL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y EL PROGRESIVO
DESARROLLO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS:
DESDE EL FALLO “KATTAN” A “HALABI”.**

I. Preliminar

El presente trabajo procura una primera aproximación sobre los ejes de actualidad en la discusión académico-jurisprudencial en materia de legitimación procesal en lo contencioso administrativo, en el nivel nacional argentino. Se trata de abordar las categorías de legitimación procesal tradicionalmente aceptadas, desde los derechos subjetivos clásicos hasta los intereses de incidencia colectiva y el importante hito jurisprudencial dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo “Halabi”. En tal suerte, desde este valioso precedente, se ha encendido una discusión de variopintos contornos respecto de los nuevos horizontes de “lo contencioso administrativo” a partir del progresivo desarrollo de los nuevos procesos colectivos—o también denominados acciones colectivas o procesos de clase—conjuntamente con sus nuevas categorías de legitimación procesal—las que presentan sensibles diferencias respecto de los ya casi tradicionales intereses de incidencia colectiva y otrora llamados intereses difusos—, los efectos *erga omnes* de sus sentencias, las consecuentes facultades de los jueces—o por qué no decirlo, el nuevo rol del juez—y sus subsecuentes proyecciones e impacto sobre el proceso contencioso administrativo.

De allí que tanto el objeto del presente proyecto y, en lo que nos toca, de nuestro específico tema de discusión: la legitimación procesal, se haya visto sustantivamente modificado, mejor dicho, impactado, con motivo del dictado de tan trascendente fallo; inscripto dentro de un contexto nuevo. Es decir, que no podemos empezar a discutir la problemática anudada en torno a la legitimación en lo contencioso administrativo sin antes advertir que el nuevo paradigma: derechos *versus* derechos, ha impactado ya decisivamente

sobre él, trastocando las bases de sustentación tradicionalmente sostenidas por el derecho público del siglo XX. Si el viejo derecho público, para algunos de cuño demo-liberal nacido al fragor constituyente decimonónico y para otros de sustancia intervencionista en procura de un nunca alcanzado progreso o prosperidad, situaba al contencioso administrativo como una subespecie del derecho procesal tradicionalmente anudado como un proceso *bilateral*, tenemos que dicha fórmula, en la actualidad, está agotada.

Precisamente, el nuevo derecho público, al construirse a partir del basamento: derechos *versus* derechos, al tener como eje la búsqueda de pautas hermenéuticas que posibiliten establecer para cada caso concreto cuál es el esquema de prelación de derechos fundamentales—pues éste es el nuevo gran desafío que explica Balbín—, imposibilita seguir pensando al proceso desde la métrica puramente bilateral.

El nuevo derecho administrativo del siglo XXI, debemos decir acaso ha sido gestado a partir de un lento proceso de internalización del sistema internacional de derechos humanos, de suerte que sus bases se encuentran bastante antes del reflujo constitucionalista de 1994. *No es osado decir que el momento de gestación fue sin duda el de la recuperación de nuestra democracia en 1983.* Fue a partir de ese momento en que progresivamente fue impactando el sistema de los tratados internacionales sobre el contencioso administrativo.

Primero, a partir de la superación del viejo dogma del *solve et repete* en 1984, con voto del Dr. *Tomás Hutchinson*, al amparo de los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos. Luego, impactando de manera casi imperceptible pero progresiva, sobre las restantes categorías fundantes de nuestro derecho administrativo. Así, basado sobre un nuevo paradigma, las proyecciones de este nuevo derecho administrativo sobre el proceso contencioso en general y sobre la legitimación en particular, es el núcleo del problema y el objeto de necesaria referencia en todo trabajo de actualidad sobre la materia. Es que impacta sobre el tradicional andamiaje procesal y lo supera. Se pasa ahora a colocar el eje sobre los procesos *multilaterales*. La bilateralidad va siendo progresivamente distorsionada por la multilateralidad. Se verifica un paso de un proceso de sustancia *individual* a un nuevo proceso de naturaleza *transindividual*. Es que habiendo la Administración cesado en su rol de vicaria de los intereses generales, quedando reducida a un operador más entre varios operadores jurídicos, trastoca sus bases de sustentación y comienza a conformar a un nuevo proceso, imposible de pensar desde sus bases anteriores y que recaba soluciones nuevas; contextualizadas; superadoras del estadocentrismo y orientadas a sistemas abiertos, que en mayor o menor medida—o de manera imperceptible— impactan al proceso; en lo que aquí nos interesa, modifican las categorías de legitimación.

I.I. Sobre este largo *introito* se ha apoyado nuestro alfa y nuestro omega de esta investigación. Básicamente, sobre una realidad nueva que, como es lógico, reclama de nuevas soluciones, presenta nuevas aristas, se modula de forma diferente; en síntesis, no puede ser pensada desde el molde tradicional en el que nos formamos. Requiere una actitud abierta. En tales premisas, entonces, el objeto del trabajo ha consistido en relevar la legitimación procesal contencioso administrativa desde su cariz tradicional para luego centrarnos en el análisis del impacto de los nuevos procesos colectivos sobre la problemática de la legitimación procesal.

II. Primera aproximación

En mi opinión, de la frondosa discusión que se está produciendo sobre los procesos colectivos a partir del caso “Halabi”¹ y de las nuevas categorías de legitimación delineadas por nuestro Máximo Tribunal, parecería surgir un nuevo cambio de paradigmas del derecho administrativo del nuevo siglo, sustituyendo las categorías imperantes en la construcción tradicional. Es que, precisamente, el derecho administrativo se erigió desde los pilares del poder y sus límites, por un lado, y los derechos individuales por el otro, teniendo su fundamento en el rol de velar por el equilibrio entre ambos elementos constantemente en pugna, tal como enseña Carlos Balbín en su obra². Explica que “el derecho administrativo se construyó desde los siguientes pilares: el poder y sus límites, por un lado, y los derechos individuales, por el otro. El sentido de nuestro conocimiento es, entonces, el equilibrio entre: 1) el poder y particularmente sus prerrogativas en uno de sus extremos; y 2) en el otro, los derechos de las personas, este es el paradigma básico del derecho administrativo; sin embargo, este esquema no nos permite resolver los problemas actuales y, consecuentemente, nace un período de incertidumbre, crisis y conflicto en el marco de nuestro conocimiento. A su vez, creemos que el conflicto es aún mayor cuando contraponemos el edificio del derecho administrativo frente a un nuevo texto constitucional”³. En tal suerte y tal como ya adelantáramos al inicio, Balbín señala que en la actualidad, “el paradigma no es el conflicto entre poder *versus* derechos sino derechos *versus* derechos y, en ese marco, claro, el campo propio del derecho administrativo, es decir, el estudio de la intermediación estatal”.

Así, en la formulación del paradigma anterior resulta clara la explicación de Gordillo, quien señala que “uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa”, en tanto la problemática que se centra en este punto no es la Administración pública en sí, sino su actividad contrapuesta con los derechos individuales. Por ello es que el derecho administrativo “debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana [...] Su protección contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa y del poder en general debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades”⁴. Es que, como indica el autor, “debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la Administración pública y sus fines y, en cambio, dársele una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado, entre el individuo y el poder”⁵.

¹ CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN, Ley N° 25.873, Decreto N° 1.563/2004”, sentencia del 24 de febrero de 2009.

² Ver Balbín, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, p. 95 en adelante.

³ Cfr. ob. y autor citados, p. 95, quien remarca la necesidad de reconstrucción de ese paradigma.

⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Capítulo 5, pp. 2 y sigs. En www.gordillo.com.

⁵ Ídem. Ello, no obstante existan “otras herramientas de tutela de los derechos de los particulares frente a los abusos de los titulares del poder político o económico, tales como los entes reguladores independientes, el Defensor del Pueblo, tribunales administrativos que dejen abierta la plena revisión judicial, mecanismos de arbitraje o mediación, etcétera”.

Sin embargo, la realidad actual y las nuevas necesidades y cambios imperantes en la sociedad hicieron que este antiguo esquema de “poder de la Administración *versus* derechos fundamentales” resulte inoperante, entrando en crisis y conflicto al momento de intentar resolver los problemas actuales, dando origen a una situación de incertidumbre que se acentúa al momento de contraponer el edificio del derecho administrativo frente al nuevo texto constitucional. Y es aquí donde se advierte que los límites del poder y, en particular, los principios que justifican el poder estatal contrapuestos los derechos fundamentales, dibujan actualmente otros contornos, que determinan ya no la posibilidad de pensar y construir el derecho administrativo desde el campo de los derechos individuales, sino la necesidad de redefinir ese pilar en términos de derechos sociales y colectivos para, acto seguido, repensar las reglas e institutos a partir de este nuevo contenido, en donde se piensa al hombre moderno como un sujeto fuerte, racional y consciente, donde el Derecho –ahora de sesgo personal– pasa a convertirse en una determinación de derechos subjetivos de poderes inherentes a los individuos, que deben ser protegidos del Estado⁶.

Huelga aclarar que esta creación y aceptación del nuevo paradigma no necesariamente supone destruir las construcciones anteriores realizadas bajo el viejo, sino simplemente revisarlas y enriquecerlas, repensando los principios, reglas e institutos propios del derecho administrativo desde este nuevo posicionamiento⁷. Se remarca, si el paradigma tradicional es entonces el equilibrio del poder, entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos *versus* otros derechos, el equilibrio entre ellos con intermediación del poder estatal y sus prerrogativas, constituye el paradigma del derecho administrativo actual.

Es producto de la crisis y transformación del Estado y de las fronteras entre lo público y lo privado, lo interno y lo internacional, que los referidos fenómenos se están progresivamente –aunque de manera errática– desarrollando e impactando al derecho administrativo. Ello hace que, en lo específicamente relativo al derecho administrativo se hayan minado sus tres aspectos centrales: 1º) las categorías fundantes y las técnicas de actuación del derecho administrativo en su concepción tradicional; 2º) su legalidad cerrada y su sistema cerrado de fuentes y, con ello, 3º) sus bases de legitimidad. Porque, precisamente, todo lo que sustentaba la concepción tradicional del derecho administrativo, si no desapareció, cuanto menos está en crisis. Y como se ha visto, la discusión en torno al fallo “Halabi” y las novedades trazadas en relación a los procesos de clase permiten advertir esta problemática.

Es que la expansión de las relaciones económicas y sociales, la explosión demográfica y las consecuentes transformaciones urbanas imponen nuevas posiciones jurídicas que involucran, o bien a grupos de personas determinadas pero numerosas, a grupos de personas indeterminadas (o de difícil determinación), que se corresponden con un número importante de personas, que pertenecen indivisiblemente a un grupo (determinado o indeterminado) de

⁶ Chaumet, Mario y Menicocci, Alejandro A., “Los intereses difusos en el Artículo 43 de la Constitución Nacional”, en AA. VV., *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, p. 134. En Meroi, Andrea A., *Procesos colectivos. Percepción y problemas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 21.

⁷ Balbín, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Capítulo 2, Buenos Aires, La Ley, 2007.

personas, o que pertenecen a cierta comunidad, o que pertenecen a la humanidad toda, etc. Esta participación colectiva cada vez mayor es producto de la transformación de la realidad actual, en tanto no sólo los individuos dejaron de conformarse con una solución individual en aquellos conflictos que los trascienden, sino que además las características de las controversias actuales llevadas a los tribunales abarcan cada vez mayores sujetos, formando ya no más un conflicto particular-Estado, sino ya grupo de interés-Estado.

Esta *crisis del individualismo*⁸ es lo que hace que, junto a la tradicional categoría *individuo o sujeto*, se sumen de manera cada vez más notoria las de *grupos, colectivos, comunidades, asociaciones*, trastocando a su vez la categorización tradicional de interés, para pasar ya a contemplar esta nueva realidad como nuevo grupo.

Así, presentado el contexto de crisis, los ejes de transformación, resulta conveniente relevar las categorías de legitimación tradicionalmente aceptadas.

III. Las situaciones jurídicas subjetivas. Los intereses jurídicamente relevantes. Su protección en el ordenamiento jurídico argentino

El punto de partida para el relevamiento de esta problemática lo constituyen los señalamientos de Carlos Balbín en el punto III del Capítulo XVIII del Tomo II de su obra, al preguntarse: ¿cuál es la relevancia del tema en debate?

Y ciertamente, él advierte que la trascendencia de estas cuestiones resulta fundante de la legitimidad del sistema de derecho administrativo, dado que el interés de la cuestión finca, según sus palabras, en “el ejercicio cierto y real de los derechos de las personas y cómo el concepto de legitimación nos permite ampliar ese camino”⁹, unido ello al rol del juez y su poder en el marco institucional. Es decir, según dice, determinar “cuál es el poder real de los jueces”; de allí que concluya señalando que “tras el nuevo texto constitucional de 1994 es necesario rever el principio de división de poderes confrontándolo con el acceso, control e intervención judicial. En tal sentido, entendemos y adelantamos que el esquema introducido por el convencional constituyente rompió el modelo clásico y que, luego del desmadre posterior, debemos reconstruir el edificio dogmático”¹⁰.

⁸ Ello, junto a la reconfiguración de las nociones de libertad individual y autonomía de la voluntad, extrapolada ahora en los procesos donde el interés deja de ser ya individual para alcanzar ya a un grupo particular. Como señala Ariza: “El cuestionamiento en algunos casos se asienta en una reconsideración de la racionalidad del sujeto, y en otro en la relativización de la noción de libertad a raíz de las condiciones actuales de la vida económica y social”. En Ariza, Ariel Carlos, “En torno a la autonomía privada contractual en el siglo XXI”, en Alterini, Atilio y Nicolau, Noemí (Dir.), *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, p. 257.

Por su parte, ya Risolía venía advirtiendo sobre el debilitamiento del punto de vista individual y el robustecimiento del punto de vista social en las relaciones entre los hombres, cuestión ésta que constituía un denominador común para todo el derecho, y señaló que en tal perspectiva se encontraría la pauta rectora del derecho futuro. En García Pullés, Fernando, “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites jurídicos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, *La Ley*, 2009-B, 186.

⁹ Cfr. Balbín, Carlos, *Curso...*, T. II, p. 485.

¹⁰ Autor y obra citados, p. 486.

Sentado lo anterior, pasaremos a concretar un relevamiento de las tradicionales situaciones jurídicas subjetivas. Es decir, como señala Balbín, “el vínculo entre las personas y los objetos. En particular, el nexo en términos de interés, consecuentes jurídicos y su protección judicial”¹¹. Derivado de una situación jurídica subjetiva¹², el *interés* jurídico se ha clasificado, tradicionalmente, en *derechos subjetivos*, *intereses legítimos* e *intereses simples*¹³. El extremo más reconocido y recubierto por el derecho entre las personas y sus preferencias respecto de los bienes es el derecho subjetivo, es decir, el punto más intenso y fuerte, tal como señala Balbín, quien agrega que las consecuencias más relevantes en términos jurídicos de la construcción de este edificio es que el titular del derecho puede reclamar en el campo administrativo y en el terreno judicial. Sin embargo, este casillero, que es sin dudas el más intenso y protegido, es seguido luego por otros menos intensos, tales como el interés legítimo y el interés simple¹⁴. Sobre estas categorías nos ocuparemos seguidamente.

a. Derechos subjetivos: consiste en una situación jurídica favorable de quien es su titular, que lo faculta a exigir a otro una determinada conducta prestacional (en nuestra materia de análisis, a la Administración). Puede describirse como “un poder basado en un título específico que permite a su titular, en su propio interés, imponer una conducta, positiva o negativa, a un tercero”¹⁵.

¹¹ Autor y obra citados, p. 475.

¹² Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988. Identifica el autor en el ámbito del derecho público tres categorías de situaciones jurídicas subjetivas: las *situaciones activas o de poder*, que pueden tener un doble contenido: la libertad (el poder de actuar libremente sin interferencias de terceros, y que además se trata de la posibilidad de actuación lícita en la esfera personal, sin condicionar la actividad de los otros), y el poder de imponer a otro una conducta positiva o negativa (esto es, una obligación de dar, hacer o no hacer). Dependiendo de la base que posee esa imposición, aclara que puede tratarse de una *potestad* (cuando la imposición tiene como base un poder genérico conferido por una norma), un *derecho subjetivo* (cuando se basa en un título específico, en el caso de que derive de una norma, un contrato, o del hecho unilateral de un tercero) o de un *interés legítimo o derecho subjetivo reaccional* (cuando deriva de un hecho ilícito dañoso). Las *situaciones pasivas o de deber*, que son aquellas que pueden tener también un doble contenido: su titular puede ser constreñido a soportar la actuación de un tercero (en cuyo caso hablamos de *sujeción*), o a realizar una conducta, positiva o negativa. En este último supuesto, si la conducta es en interés de un tercero se llama *obligación*; si es en interés del propio titular de la situación, nos referimos a *carga*, y si es en interés general, hablamos de *deber público*. Por último, las *situaciones mixtas o complejas*, las que pueden ser de dos tipos: las que son simultáneamente de poder y de deber –*poderes funcionales*–, o las que son un conjunto orgánico de diversas situaciones de poder y de deber –*status*–.

¹³ Sugiero ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, Tomo 2, Capítulos III y IV; Balbín, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, *op. cit.*; García Pullés, Fernando R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites jurídicos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, *cit.*; Meroi, Andrea A., *Procesos colectivos...*, *op. cit.*; Mouríño, Gustavo; Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2005; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1994; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de...*, *op. cit.*; Dromi, José R., *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, entre otras obras.

¹⁴ Cfr. Autor y obra citados, p. 475.

¹⁵ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de...*, *op. cit.*, p. 891.

Originados en una norma, en el ejercicio de una potestad o en una relación jurídica concreta (un contrato, o un hecho unilateral de un tercero), su objeto consiste en la realización de una conducta exigible a un tercero, resultado de una posición de poder destinada a la satisfacción del interés de su propio titular.

Pueden clasificarse en razón de su *titular*, que distingue entre los *derechos subjetivos de la Administración* y los *derechos subjetivos de los administrados*; su *origen*, ya sea en una *norma jurídica*, en un *contrato* o *hecho dañoso*, o en un *acto administrativo dictado en ejercicio de una potestad*; su *contenido*, en cuyo caso puede tratarse de *derechos obligacionales* (que impongan una obligación de dar, hacer o no hacer a la Administración, por ejemplo, los derechos prestacionales), *derechos reales* (que pueden ser tanto de la Administración como de los administrados), y los *derechos de participación*, que confieren el poder de intervenir en la organización pública, ya sea participando en el proceso de constitución de sus órganos, integrándose en ellos, o poniendo en marcha su actividad en beneficio propio; o su *protección*, en cuyo caso puede tratarse de *derechos constitucionales* o *derechos no constitucionales*¹⁶.

Ahora bien, tal como explica Balbín, esta categoría exige de su titular no solo el derecho subjetivo y su titularidad sino además un daño diferenciado sobre ese derecho, es decir, un daño personal y no un perjuicio común a todos. En esta inteligencia es el derecho subjetivo un interés exclusivo, concreto, inmediato y sustancial.

b. Los intereses legítimos: categoría objeto de diversas críticas, consisten en la posición jurídica favorable de interés personal y directo que posee el sujeto, que permite a su titular exigirle a la Administración la adecuación de su actuar a la legalidad objetiva¹⁷. Encontrándose en íntima relación con el principio de legalidad, tiene su razón de ser en que, como refiere Santamaría Pastor, “la libertad de los ciudadanos sólo puede ser limitada o coartada por la Administración cuando la ley le autorice para ello, y siempre que cada actuación concreta se realice de acuerdo con el sistema normativo. Pues bien, cuando un acto de la Administración

¹⁶ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de...*, *op. cit.*, p. 895. El autor agrega una quinta clasificación, que diferencia los *derechos subjetivos condicionados* de los *no condicionados*, cuya existencia o ejercicio se encuentran condicionados a su compatibilidad con el interés público, y que, desaparecida ésta, pueden ser eliminados o sacrificados. Sin embargo, sostiene que si bien es empleada en ocasiones por la doctrina, todos los derechos subjetivos son condicionados en cierta medida, a través de modalidades muy variadas y heterogéneas. Por ello es que tal categoría es en realidad innecesaria, al poder esa multiplicidad de supuestos ser cubiertos por un solo concepto.

¹⁷ La doctrina española se refiere a los mismos como “derechos subjetivos reaccionales”, entendidos estos como una es una modalidad atípica de derecho subjetivo, y cuya causa consiste en la concurrencia de dos elementos: la acción ilegal y la lesión que se produce en el interés de una persona, y que le da la posibilidad de reaccionar frente a tal daño ilegal o con el objeto de eliminarlo, imponiendo al autor del acto la realización de conductas necesarias para ello (cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de...*, *op. cit.*). Advierte Andrea Meroi que, respecto de esta categoría de interés en particular, “la doctrina europea todavía debate los límites que separan el derecho subjetivo del interés legítimo [...] ambas situaciones jurídicas hacen referencia a un concreto bien de la vida, pero mientras el derecho subjetivo comporta siempre poderes sustanciales (poder de disposición), el interés legítimo da lugar solamente a poderes instrumentales (poder de reacción) frente al acto que lo lesiona”. Meroi, Andrea A., *Procesos...*, *op. cit.*, p. 41.

infiere dicho ámbito vital causando un daño cualquiera en el mismo (un *grief*, dice la doctrina francesa) y de modo no conforme con la norma, surge en el particular afectado un derecho a reaccionar contra el perjuicio sufrido, al objeto de restablecer la integridad de su ámbito vital dañado”¹⁸.

c. *Interés simple*: implica una posición jurídica favorable al concurrente y sin interés personal directo, apenas para peticionar, pero sin exigibilidad, la adecuación a la legalidad objetiva por parte de la Administración. Es una categoría difusa en la que existe un “derecho al medio” o al respeto del procedimiento que tutela el interés y a peticionar la nulidad de los actos que lo vulneran, pero en principio no habilita para reclamar los daños y perjuicios¹⁹.

d. *Los intereses de incidencia colectiva. Diferenciación y aproximación al impacto del caso “Halabi”:* ahora bien, no obstante esta breve descripción de las clasificaciones de los intereses derivadas de las situaciones jurídicamente subjetivas, como se adelantó *supra* y, en palabras de Carlos Balbín, “el modelo tradicional, tripartito, que distinguía entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples, ha entrado claramente en crisis. La introducción de un nuevo concepto –los derechos de incidencia colectiva– que comparte caracteres de las categorías clásicas enumeradas precedentemente, ha dado origen a la necesidad de reformular estos criterios a efectos de adaptarlos a esta nueva realidad jurídica”²⁰. Se trata, en este caso, de intereses que involucran, de forma simultánea, a un número importante de individuos y que la doctrina la denomina genéricamente como “intereses difusos”.

Esta nueva clase de derechos impactó en las categorías tradicionales de legitimación, ya sea en sus sujetos legitimados, las categorías de interés, los efectos de las sentencias y la materia judicializada. A ello, sumado la incorporación de la figura del amparo colectivo y de los intereses de incidencia colectiva en el texto constitucional con su reforma de 1994, dando lugar a la interposición de acciones o remedios judiciales sobre el interés no sólo del particular afectado, sino también donde los efectos de la sentencias alcanzan a todo el grupo que posee las mismas características y cualidades del particular legitimado, y ha

¹⁸ Esta característica es, justamente, la que diferencia esta clase de derechos de los derechos subjetivos típicos: en tanto éstos son títulos de poder que preexisten a un eventual conflicto, y cuyo contenido se halla de igual forma predeterminado, los derechos reaccionales nacen en el momento y como consecuencia del acto legal y dañoso, que a su vez es determinante de su propio contenido material. (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de...*, *op. cit.*, pp. 897 y 898). Respecto de esta diferenciación el autor aclara que, a medida que la noción de derecho subjetivo se profundiza, su diferenciación con el derecho subjetivo reaccional se desvanece. Es que “vistas las cosas desde una perspectiva realista, el derecho subjetivo es una noción ficticia y puramente referencial: lo único sustantivo, en las relaciones interpersonales, es la obligación o deber de realizar una conducta determinada; el fundamento de esta obligación [...] se encuentra en [...] la norma que impone la conducta obligatoria: hablar del derecho subjetivo como un poder no es más que una ficción subjetivada del poder coactivo inherente a la norma [...] el derecho subjetivo no es más que la formulación positiva del contenido exigible de una obligación; materialmente, el poder de reclamar judicialmente el cumplimiento de una obligación incumplida en todo o en parte. Por ello, podría decirse que, en cierta medida, todos los derechos subjetivos son situaciones reaccionales”.

¹⁹ García Pullés, Fernando, *Las sentencias...*, cit.

²⁰ Balbín, Carlos, “Sobre la legitimación en el amparo”, en *La Ley*, 2001-B, 1172.

ampliado el espectro de sujetos legitimados, en lo que se refiere a la actuación del Defensor del Pueblo, el Ministerio Público y las Asociaciones u Organizaciones No Gubernamentales. Posibilidades éstas que han sido desde un principio rechazadas, y luego receptado en el tan resonante precedente “Halabi”, en donde se reconoció el alcance *erga omnes* de la sentencia derivada del caso colectivo, a todos aquellos particulares que se encuentran en la misma situación, a razón de la innovadora propuesta de clasificación de los intereses colectivos, ahora dividida entre los colectivos propiamente dichos y los derechos individuales homogéneos.

No caben dudas de que la protección de los intereses que genéricamente podríamos denominar colectivos es materia de controversia en cuanto a su denominación, delimitación y descripción de sus características, el alcance de sus efectos y su repercusión en lo que hace a la legitimación procesal para ser parte en juicio, entre otros. Justamente, la doctrina es coincidente respecto de los inconvenientes que trae esta nueva categorización, entre los que pueden mencionarse la inadecuación de las categorías jurídicas actuales para poder brindar a estos singulares intereses, la asistematicidad de ciertas soluciones en el derecho continental, en la oscuridad y dificultad de la cuestión²¹.

Llegados hasta aquí corresponde recrear las expresiones de Bianchi, quien señala: “[...] si bien hemos modificado profundamente el concepto tradicional de caso judicial que estábamos habituados a manejar, en cambio no se ha encontrado aún un remedio útil, efectivo y seguro que resuelva o dé cauce procesal a estas nuevas tendencias. El derecho de fondo ha ampliado la base de la legitimación, pero el derecho procesal no ha encontrado todavía un medio de canalizarlas”²².

Surge entonces esta problemática en donde, por un lado, el derecho sustantivo –y aún más, el derecho constitucional y el de los Tratados Internacionales– ha venido ampliando el catálogo de los derechos protegidos y, por el otro, estos nuevos intereses se presentan con características diferentes de las que tradicionalmente identificaron a los “derechos subjetivos”, y aún a los “intereses legítimos”, largamente estudiados por la doctrina administrativista.

Si bien, como acertadamente señala García Pullés, ya la doctrina y la jurisprudencia han indicado que no es conveniente utilizar las tradicionales categorías de “derecho subjetivo”, “interés legítimo” e “interés simple” para referirse a la legitimación procesal, lo cierto es que al menos la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su decreto sigue manteniendo tales conceptos y obliga a su consideración, al menos tangencial, bien que destacando que sus contenidos no pueden mantenerse como reglas rígidas que impidan

²¹ Merói, Andrea A., *Procesos...*, cit.; Maurino, Gustavo; Nino Ezequiel y Sigal, Martín, *Las acciones colectivas...*, cit.; Mouriño, Gustavo; Sigal, Martín, “‘Halabi’: la consolidación...”, cit.; Marcer, Ernesto, *Demandas contra el Estado*; Balbín, Carlos, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2010; *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2007 y “Sobre la legitimación en el amparo”, cit.; García Pullés, Fernando, *Las sentencias...*, cit.

²² Bianchi, *op. cit.*, p. 20.

un acceso razonable al control judicial de la Administración. A razón de ello es que tanto el Artículo 23 de la LNPA como los Artículos 3º y 73 de la RNLPa deben al menos delinarse en sus categorías²³.

Precisamente, como remarcamos ya desde el inicio, esta incorporación de esta nueva clase de derechos como categoría legitimadora viene a desestabilizar al derecho administrativo, poniendo en evidencia su falta de reacción frente a esta clase de supuestos, y aún más desde la reforma Constitucional de 1994 que vino a dar plena jerarquía y tutela a los derechos de incidencia colectiva, como una categoría superadora de aquella ya insuficiente referida a los “intereses difusos”, legitimando de forma definitiva a sus titulares para exigir su defensa, ya sea por vía del amparo o por acciones ordinarias. Veremos, más adelante, cómo ha venido a influenciar el caso “Halabi” en esta materia, en cuanto nuestro Máximo Tribunal no hace más que confirmar este criterio.

III.1. La distinción entre el interés difuso y el interés colectivo. El derecho individual homogéneo

Gran parte de la doctrina nacional²⁴ y extranjera²⁵ se encargó de diferenciar entre *intereses difusos* y *derechos colectivos*, destacando que la extensión y determinación de los sujetos involucrados configuran los factores determinantes para poder establecer esa diferenciación.

Así, cuando el grupo se conforma por personas que se encuentran de forma común y simultáneamente en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad, sea determinado o determinable en su composición, podrá hablarse de interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable, podría hablarse de interés difuso. En consecuencia, el proceso colectivo es una herramienta superadora para la tutela de los intereses grupales, pudiendo ser un vehículo adecuado y necesario para el tratamiento de múltiples pretensiones individuales pero con identidad de causas o con fundamentos jurídicos análogos²⁶. En los casos de los intereses colectivos normalmente existirá una vinculación jurídica y permanente entre los miembros del grupo con un tercero o entre sí. En los difusos, en cambio, no existirá dicho vínculo jurídico y el único nexo entre los sujetos interesados estará formado por circunstancias fácticas contingentes, mutables y ocasionales.

²³ García Pullés, Fernando, *Las sentencias...*, cit.

²⁴ Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, “Derechos de incidencia colectiva. Mercados imperfectos y acceso a la justicia”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 229, marzo-abril 2008.

²⁵ Por ejemplo, Andrea A. Meroi, en su obra, señala que en Brasil la doctrina ha insistido en la nota de “vinculación” entre los miembros del grupo o colectividad interesada, lo que normalmente viene de la mano de los otros agentes antes mencionados (*Procesos...*, citado, p. 51).

²⁶ Guiridlian Larosa, Javier D.; Rosales Cuello, Ramiro, “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, en *La Ley* 2009-B, 1016.

Así, conviene remarcar que, tal como enseña Balbín en su obra, los intereses de incidencia colectiva se pueden caracterizar a partir de la identificación de la presencia de los siguientes elementos: a) el objeto, bien jurídico, es indivisible; b) existe una imposibilidad de definir los sujetos afectados; c) si existe un grupo de sujetos afectados de igual modo y en relación con el mismo objeto; d) cuando se trate del interés de un grupo indeterminado de personas sobre un objeto indivisible o con fuerzas expansivas sobre un grupo de personas; e) cuando recae sobre bienes colectivos y su ejercicio es homogéneo respecto de un conjunto de personas, pero siempre que el acceso a la justicia esté obstaculizado por las circunstancias del caso; f) cuando existe un acto único que causa perjuicios sobre cada sujeto individualmente de modo indivisible del resto, pero sin perjuicio de que el daño sí es materialmente divisible²⁷.

Por su parte, se verifica un *derecho individual homogéneo* para el caso de daños ocasionados a varias personas no vinculadas entre sí por una organización preexistente sino por un hecho de “origen común” que lesiona sus respectivos derechos subjetivos. En principio se trata de derechos divisibles, pues cada uno de los afectados no se ve compensado con un único pronunciamiento sino que el resarcimiento necesariamente es individual²⁸.

Vale la pena agregar que es importante no sólo esta distinción entre intereses difusos y derechos colectivos, sino también los conceptos –y diferenciación– entre intereses supraindividuales (o transindividuales: inclusivos de ambas categorías de colectivos y difusos) e intereses plurales homogéneos (pluriindividuales), los que suelen ser objeto de confusión.

Al respecto, Andrea Meroi trata esta problemática en detalle. Señala que “muchas veces de confunden los conceptos de interés, legitimación, y representación. De allí que sea menester distinguir un objeto del proceso supraindividual, un ámbito de legitimados plural y un portador individual. Es importante distinguir, a su vez, dentro de lo que genéricamente se denomina objeto –pretensión– supraindividual, los casos que versan sobre intereses supraindividuales en sentido propio –colectivos o difusos– (lo cual sí constituye ya un auténtico supuesto de legitimación ‘colectiva’) de aquellos en que lo que existe es una pluralidad de derechos individuales homogéneos, conexos (de titularidad y legitimación individual, privativa), que no son, en realidad, supuestos de legitimación ‘colectiva’, sino, en todo caso, de acumulación de pretensiones y, eventualmente, de representación conjunta. El primero sería el caso de un particular, miembro de un determinado grupo social, que insta la retirada o la no difusión de unas determinadas manifestaciones injuriosas a ese grupo; el segundo, el de las *class actions* norteamericanas”²⁹.

Ahora bien, de la mano de lo señalado viene concatenada la cuestión de la juridicidad de esos intereses, ello toda vez que no todos los intereses son captados por el ordenamiento jurídico como relevantes; no obstante, como pasará a analizarse seguidamente, la reforma

²⁷ Balbín, Carlos, *Curso...*, op. cit., T. II, p. 499.

²⁸ Arazí, Roland, “Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la Ley N° 24.240 (Ley N° 26.361): legitimación y cosa juzgada”, en *JA* 2008-III-1193.

²⁹ Meroi, Andrea A., *Procesos...*, op. cit., pp. 73-74. Con cita a Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, Pablo, “La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos”, Navarra, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 188.

constitucional del 1994, junto con la continua internacionalización del sistema jurídico argentino, ha hecho que cada vez más situaciones consideradas intereses pluriindividuales sean ahora protegibles, eliminando prácticamente su conceptualización anterior como “intereses simples” o “de hecho”, sirviendo ello como fundamento de rechazo por parte de los tribunales en aquellas causas cuando el ejercicio de esta clase de interés se encontraba en juego. Las previsiones contenidas en los Artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional Argentina reformada en 1994 son elocuentes en orden al reconocimiento de categorías abiertas y las inferencias que a partir de éste trastocamiento se operen sobre toda la estructuración del derecho procesal administrativo. Por su parte, la introducción al texto constitucional del Artículo 75, inc. 22³⁰, ha dado lugar a la protección internacional de esos derechos, brindando además un sistema de protección de los mismos focalizados, en primer lugar, desde la operatividad de los derechos en el sistema jurídico argentino, y en segundo lugar, desde la obligación de los Estados de garantizar el goce de esos derechos por parte de los individuos.

III.2. El impacto de la doctrina sentada por CSJN en el caso “Halabi”.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional, del 24 de febrero de 2009, viene a configurar, precisamente, el punto de inflexión en torno al reconocimiento e incorporación de los derechos de incidencia colectiva al ordenamiento jurídico argentino, con sus implicancias en relación a los efectos extra partes de las sentencias, su sistema de protección, y este nuevo campo de legitimación procesal en cuanto las clase de derechos que se tutelan a través de este derecho considerado ya como objeto de protección del sistema judicial y que tiene como finalidad más trascendente la de la protección de los derechos fundamentales –tanto constitucionales como legales– de los ciudadanos.

Así, el razonamiento más importante en cuanto al reconocimiento de estos derechos de incidencia colectiva lo ofrece el Máximo Tribunal en el desarrollo de los Considerandos

³⁰ “Art. 75. Corresponde al Congreso [...]. Inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

9º y siguientes de su decisorio. Allí la Corte se ocupa, en primer lugar, de aclarar que los derechos de incidencia colectiva pueden clasificarse en “derechos de incidencia colectiva” propiamente dichos y los “intereses individuales homogéneos”, para luego pasar a ofrecer un desarrollo en cuanto a las características de esta nueva clase de derechos y la repercusión dentro del sistema judicial argentino. Dice respecto a esta cuestión: “Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”³¹.

Asimismo, agrega que, si bien el concepto tradicional en materia de legitimación exige que el derecho sobre el bien jurídico individual sea ejercido por su titular, “no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del Artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo [...] destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”³².

Es decir, nuestro Máximo Tribunal se encarga de diferenciar las diversas pretensiones procesales. En este sentido distingue entre aquellas que intentan la conservación de intereses jurídicos individuales, de las que buscan la protección de derechos de incidencia colectiva vinculados a un interés colectivo, y las que tienen como fin la salvaguarda de intereses individuales homogéneos. Al respecto, postula que, en el primero de los casos, el único legitimado para poner en funcionamiento el aparato judicial es el afectado; en el segundo, tanto el afectado como el Defensor del Pueblo y las asociaciones (legitimados excepcionales) se encuentran legitimados para reclamar la tutela jurisdiccional de estos derechos de incidencia colectiva, en cualquiera de sus dos variantes, siempre que la pretensión no apunte a la satisfacción de intereses individuales no homogéneos³³: “Que los derechos de incidencia

³¹ Considerando 9º.

³² Considerando 10.

³³ Como señalan Sigal y Mauriño, “el sólo hecho de que la discusión involucre derechos relativos a un bien colectivo es insuficiente para configurar una acción colectiva; es necesario además que el caso sea planteado como un caso colectivo, es decir, focalizado en la incidencia colectiva del derecho. Dicho en términos procesales clásicos, tanto la *causa petendi* como el objeto procesal deben ser colectivos. No bastaría, para configurar un caso colectivo, con que el actor invoque un daño al ambiente si el planteo tuviera por objeto exigir la reparación de un perjuicio individual. Tampoco alcanzaría con un planteo cuyo objeto reclamado incidiera sobre un bien colectivo, si la *causa petendi* invocada para requerir tal remedio fuera un derecho subjetivo. Ambos casos involucrarían de alguna manera bienes colectivos, pero serían casos individuales porque no cumplen con los recaudos de colectivización del objeto y la causa de la pretensión”. En Mouriño, Gustavo; Sigal, Martín, “‘Halabi’: la consolidación...”, cit.

colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (Art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo término, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa³⁴.

En tal inteligencia, “*la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular*”³⁵ (el destacado me pertenece).

“Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del Artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos [...] En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que

³⁴ Considerando 11.

³⁵ Ídem.

individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”³⁶.

Esta diferenciación que ofrece la Corte Suprema en su sentencia es crucial a los fines de delinear las nuevas categorías de derechos y su impacto en nuestro sistema para su protección. Es que, como bien señala nuestro Máximo Tribunal, los derechos individuales homogéneos no son, a diferencia de los derechos colectivos, de una naturaleza diferente a los que tradicionalmente se les ha reconocido su protección. Son derechos individuales, divisibles, patrimoniales o accesorios. La homogeneidad se da cuando hay una potencial afectación al derecho a acceder a la justicia si no se litigara colectivamente el caso. Precisamente en este punto recae la justificación constitucional para la colectivización de la defensa de estos derechos individuales homogéneos, lo que habilita la legitimación colectiva para su efectivización. Su reconocimiento como derechos de incidencia colectiva radica en la “imposibilidad de defenderlos en forma individual, y aquí se encuentra el punto de contacto con los derechos colectivos: en ambos casos su consagración, y la legitimación colectiva para su defensa, se vincula justificatoriamente con el acceso a la justicia, pues la inexistencia de los de tutela colectiva dejaría a ambas categorías de derechos sin protección efectiva, en el esquema individualista clásico: los derechos sobre bienes colectivos por razones propias de la lógica de los bienes públicos, y los derechos individuales homogéneos cuando por la falta de información, costos, acceso a abogados y demás incentivos negativos que padecen sus titulares exista una dificultad estructural para el litigio individual”³⁷.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta *litis*. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Así, vemos que luego en el considerando 12, se sostendrá: “Frente a esa falta de regulación—la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación

³⁶ Considerando 12. Dentro de los intereses individuales homogéneos, la CSJN identifica aquellos relativos a derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, y de los derechos de sujetos discriminados.

³⁷ Mourriño, Gustavo; Sigal, Martín, “‘Halabi’: la consolidación...”, cit., y García Pullés, Fernando, “Las sentencias...”, cit. En palabras de la Corte, ello derivaría en una clara afectación del derecho a la justicia, en tanto “no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma” (Considerando 14). En tal sentido, se reconoce esta clase de derechos como un medio de acceso a la tutela judicial efectiva y la jurisdicción, frente al supuesto en el que la petición individual es tan ínfima que no merece activar el aparato jurisdiccional, si bien en el conjunto de los afectados el interés es jurídicamente relevante para el derecho.

de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular³⁸.

A raíz de tal criterio, la Corte pasa a delinear los recaudos que se deben reunir para configurarse un caso como tal y para la procedencia de esta clase de acciones. Así, detalla que se requiere la existencia de “una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado”³⁹. No obstante ello, aclara que tal acción procede aún en el supuesto de que, a pesar de que se trate de un derecho individual, esté de por medio un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. Y con mayor detalle, la Corte pasa a establecer los recaudos para la procedencia de las acciones colectivas de la siguiente manera:

“El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los Artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta⁴⁰.

Por último, y no por ello menos importante, cabe mencionar que la Corte explica que, en los casos en los cuales lo que se pretenda tutelar sean derechos de incidencia colectiva vinculados a intereses individuales homogéneos, el tratamiento procesal que debe dárseles debe ser a través de “acciones de clase”⁴¹. Para ello, a lo largo de su decisión establece—de forma pretoriana hasta que el Congreso legisle sobre la materia— los lineamientos para su tratamiento⁴².

³⁸ Considerando 12.

³⁹ Considerando 13.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Considerandos 17 en adelante.

⁴² Considerando 20. Al respecto, señala lo siguiente: “[...] ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante

Un punto importante en lo que respecta a este último señalamiento es la distinción de estas “acciones de clase” propuestas, de las *class actions* norteamericanas. De la misma forma, no deben confundirse estas “acciones de clase” con la acumulación de procesos, ya sea en torno a su formación, sino en cuanto a los efectos de la sentencia dictada en ambos supuestos. En la acumulación de procesos, los propios litigantes son los que optan por ingresar al sistema acumulado (*opt in*, en el derecho anglosajón), la integración a este proceso es voluntaria, independientemente del deber que tiene el juez de disponer la acumulación de procesos en forma oficiosa y aún contra la voluntad de las partes, porque aún en tal circunstancia la formación del proceso común surge de la opción de demandar ejercida con anterioridad. En cambio, en los “procesos de clase” la regla se invierte: la ley presume la formación de un conjunto necesario integrado por todos los miembros de la clase, del que sólo puede egresarse si se formula una declaración concreta en tal sentido (si se opta por el *opt out*).

Tener en claro esta distinción es importante para el momento de analizar los efectos de las sentencias en ambos supuestos, esto es así ya que un proceso de clase no implica necesariamente que el caso concreto delimitado por la pretensión exija sostener que los efectos trascienden a las partes del proceso en el caso de que ésta puede aprovechar a terceros.

Este punto, sostenido ya en “Halabi” en los pronunciamientos de los tribunales de grado, viene a ser confirmado por la Corte Suprema a través de su criterio precedentemente expuesto. Es que, precisamente, “el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger”⁴³.

III.3. Inferencias

El caso, inscripto ciertamente dentro de un contexto de crisis y transformación, da cuenta de un impacto sobre los componentes y atributos tradicionalmente aceptados en la materia procesal administrativa. Así, no solo se impactan las categorías de legitimación

la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la ‘acción colectiva’ que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos”.

⁴³ Considerando 21.

procesal sino también el tipo de pretensiones ejercitables, los efectos de la sentencia dictada, la extensión de la cosa juzgada, la eficacia de la tutela (medidas cautelares y ejecución de la sentencia), el régimen de costas y, no menos importante, los poderes del juez. El dilema se plantea en el seno mismo de la garantía del debido proceso y sus dos despliegues fundamentales: derecho de acción y derecho de reacción o, si se prefiere, acceso a la justicia y defensa en juicio. ¿Hasta dónde llegar en el compromiso entre la llamada tutela efectiva de determinados derechos (la mayoría, ya consagrados positivamente) y la inviolabilidad de la defensa en juicio? Es que, precisamente, lo que caracteriza este tipo de reacciones es ser producto de la existencia de una tensión permanente entre el carácter individual – bilateral – sobre el que está conformada la estructura del proceso, y la trascendencia colectiva de las decisiones que en él se adoptan⁴⁴.

En lo que respecta al proceso contencioso administrativo, el impacto de este fenómeno aparece desde la transformación del rol del juez, la amplificación del concepto de parte –de suerte que ahora hablamos de procesos transpersonales–, al igual que el contenido y la finalidad de las pretensiones procesales ahora devenidas en policéntricas⁴⁵.

Los nuevos problemas que nuestro Máximo Tribunal encuentra en el caso, y las dificultades interpretativas y sistémicas que presentan sus soluciones provisionales adoptadas allí en torno a, por ejemplo, la legitimación, los requisitos de procedencia y trámite, y los efectos *erga omnes* de estos procesos, dejan en claro que los nuevos desafíos del proceso contencioso administrativo ya no pueden ser pensados ni resueltos a partir de sus formulaciones anteriores o su concepción tradicional⁴⁶.

Y es en los “procesos de clase” el contexto dentro del cual cierto sector de la doctrina inscribe el problema de la legitimación. Categoría propiciada recientemente desde el dictado del ya referido caso “Halabi”, y que surge, entre otras razones, a partir de la exigencia del principio de la unidad de acción propia de nuestro sistema jurisdiccional⁴⁷.

Sin lugar a dudas, esta nueva formulación se advierte en la reconfiguración de los fenómenos colectivos, trastocando integralmente el proceso contencioso administrativo, de manera todavía no suficientemente advertida ni discutida, si bien el debate iniciado en nuestro país hace ya tiempo atrás, y profundizado desde el caso “Halabi”, pueda ser un comienzo.

Estas cuestiones y dificultades en torno a la legitimación procesal en lo contencioso administrativo no es novedad, sino que vienen siendo advertidas hace algún tiempo por la doctrina especializada. Es que, como señala el Profesor Ernesto Marcer, la legitimación

⁴⁴ Xiol Ríos, Juan Antonio, “Técnicas de evitación del proceso”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° XXIV, año 1997, p. 381.

⁴⁵ Mourinho, Gustavo; Sigal, Martín, “‘Halabi’: la consolidación...”, citado.

⁴⁶ En relación con la específica problemática referida a las subcategorías de la legitimación colectiva, el Dr. Rodolfo Barra, en su comentario al caso en análisis, propone que más que de intereses divisibles conviene hablar de intereses identificables en agraviados concretos. En Barra, Rodolfo, “Avanza la delimitación del amparo colectivo”, *El Derecho*, mayo de 2009.

⁴⁷ García Pullés, Fernando R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites jurídicos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, *La Ley*, 2009-B, 186.

procesal “es uno de los aspectos de mayor complejidad del derecho administrativo y foco de las más arduas discusiones entre los autores, existiendo posiciones tan antagónicas que el lector desprevenido pudiera pensar que ellas se relacionan con el derecho de diversos y lejanos países y no con el de la República Argentina. Además de ser heterogénea la opinión de los distintos juristas, también lo es el tratamiento dado a la cuestión por las legislaciones provinciales, tanto entre sí como con relación al derecho nacional”⁴⁸.

Y, cabe agregar que, si bien—con sus diferencias—algunas provincias ya contemplaban este remedio judicial que sirve de valla ante el avance de la Administración frente a los derechos de los particulares⁴⁹, no tratándose sólo de derechos subjetivos sino además los intereses legítimos o difusos, es recién en la reforma constitucional de 1994 donde se impuso en el orden nacional la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva en general. Y la tendencia que se viene observando es hacia la ampliación de la legitimación para acudir a la justicia en defensa de los derechos afectados por el poder político o económico⁵⁰.

Ello basta para verificar que el problema de la legitimación procesal no es nuevo. Para mayor detalle, existe una cantidad de componentes que—inclusive atinentes a la concepción tradicional—vienen complejizándolo y extrapolándolo de categorías desarrolladas en modelos distintos al nuestro, al punto de tener que adaptarlos previamente para importarlos a nuestra realidad.

En este sentido, vale la pena recrear las ideas de un sector de la doctrina, al decir: “[...] la manera en que se llevó la polirrecepción argentina de modelos extranjeros relacionados con la protección de intereses plurales fue desconcertante (sin explicación de fuentes), múltiple (constituyéndose, precisamente, en polirrecepción), equívoca (con abuso de conceptos indeterminados), indiscriminada (ignorando la distinción entre intereses supraindividuales y plurales homogéneos), incompleta (sin la necesaria reglamentación de las cláusulas constitucionales), legitimante (en el sentido de perseguir adicionalmente otras finalidades que las propias de su sanción)”⁵¹.

⁴⁸ Marcer, Ernesto, *Demandas contra el Estado*.

⁴⁹ Por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Formosa establece que “habrá un Defensor del Pueblo, a quien le corresponde la defensa de los derechos colectivos o difusos, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración pública provincial; la supervisión de la eficacia en la prestación de los servicios públicos; y el control en la aplicación de las leyes y demás disposiciones” (Art. 150); la de la Provincia de San Luis establece que “procede la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridad, órganos o agentes públicos, de grupo organizado de personas y de particulares que, en forma actual o inminente, lesione o restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, algún derecho individual o colectivo o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional o Provincial, siempre que fuera necesaria la reparación urgente del perjuicio, la cesación inmediata de los efectos del acto o la prohibición de realizar un acto ilegal y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por la ley o no resultare eficaz hacerlo” (Art. 40); y la de Córdoba, cuyo Artículo 124 establece que “la ley garantiza a toda persona, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos por esta Constitución”.

⁵⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Capítulo 5, Tomo I, citado.

⁵¹ Meroi, Andrea A., *Procesos...*, op. cit., p. 287.

Y, justamente, siguiendo la línea argumental de la doctrina especializada, surgen los siguientes interrogantes en cuanto a esta cuestión, por cierto controvertida y merecedora de un extenso debate: ¿En qué situación jurídica debe encontrarse el particular para poder accionar judicialmente? ¿Qué debe haberse vulnerado para que tenga acceso a la vía judicial? ¿Tienen las distintas situaciones que se dan en la realidad, igualdad de tratamiento? ¿Cualquier acción o decisión administrativa faculta a cualquier persona a iniciar una contienda judicial?⁵²

Estas dificultades que –insisto– vienen arrastradas desde bastante tiempo atrás, se encuentran en alguna o gran medida contenidas en la problemática que, en relación a los procesos colectivos, deja entrever la Corte en su clasificación desarrollada en el fallo “Halabi” sobre las tres categorías de derechos que entiende contenidas en el Artículo 43 de la Constitución Nacional, y entre las que se ubica esta especial categoría de legitimación “conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”.

De acuerdo con Alberto Bianchi, estos derechos poseen tres características: 1º) no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles; 2º) hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea; y 3º) la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre⁵³.

Ahora bien, si, como señala García Pullés: “[...] el voto mayoritario de la Corte merece destacarse de cara a la defensa de los derechos de incidencia colectiva y a la superación de mitos de la legitimación como llave para sujetar los efectos de las sentencias en los ‘casos concretos’ que exigen trascender el límite subjetivo de los litigantes”⁵⁴, lo cierto es que a más de abrir atractivos balcones a la polémica, deja planteado una serie de interrogantes específicos sobre la legitimación en los procesos colectivos, y que en gran medida guardan similitud con los problemas que tradicionalmente aquejan a la legitimación en el contencioso administrativo.

IV. Ejes prospectivos de desarrollo normativo en materia de procesos colectivos

Entiendo que se precisa desarrollar una norma que cubra no solo la regulación en materia de legitimación procesal de acciones colectivas sino integralmente su estructura en pos de su efectiva operativización, considerando aquellas reglas de necesaria observancia para la efectiva integración de una “clase” o pluralidad de sujetos, enmarcados en un proceso transindividual. Siguiendo trabajos de muy alta valía académica realizados por muy calificada doctrina de la actualidad⁵⁵, en miras de todo ello, se propone lo siguiente:

⁵² Sugiero ampliar en el pensamiento de los profesores argentinos Ernesto Marcer, Fernando García Pullés.

⁵³ Siguiendo el pensamiento del eminente profesor argentino Alberto Bianchi.

⁵⁴ Citado.

⁵⁵ García Pullés, Fernando, *Acumulación de procesos o procesos de clase*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 100 en adelante.

Primero: identificación del alcance de las acciones colectivas. Para ello corresponde prever una cláusula inicial en la cual se establezca que toda pretensión procesal cuya pretensión involucre o pueda involucrar en forma directa, como legitimados activos o pasivos, a uno o varios grupos de personas, calificados de manera que los distinga de entre los demás habitantes de la jurisdicción como integrantes de un grupo homogéneo por su interés, afectación, domicilio, relación jurídica, se comprenda específicamente dentro del sistema de acciones colectivas.

Luego, la necesidad de especificar la función preliminar del juez en orden a calificar como procesos colectivos los siguientes supuestos: a) cuando la demanda tuviera por objeto inmediato o mediato provocar un pronunciamiento que pudiera ser invocado por o contra los integrantes de un grupo, de manera directa o refleja, para sustentar el modo de resolución de otro conflicto; b) cuando el actor fundara sus pretensiones de modo sustancial en normas jurídicas invocables en beneficio o perjuicio de un grupo de personas; c) si la tramitación de procesos independientes pudiera generar el peligro del dictado de sentencias contradictorias respecto de una relación jurídica común a los miembros de un grupo de personas; d) en supuestos en los que la tramitación de un solo proceso con citación personal e intervención individual de los interesados a los fines de conformar un litisconsorcio activo o pasivo resultara manifiestamente contraria a la economía y orden procesal. Y claramente especificando dentro de estas categorías a las pretensiones procesales que se promuevan en defensa de derechos de incidencia colectiva, comprendiendo pretensiones vinculadas con la defensa del usuario y del consumidor, en tanto no estuvieren destinadas a asegurar, constituir, determinar, extinguir, o de cualquier manera modificar situaciones jurídicas.

Ello es así porque se aprecia la conveniencia de atender los aspectos de indispensable observancia en materia de legitimación en procesos colectivos vinculados con la noción de acciones de clase. Así, liminarmente se ha pretendido encausar los siguientes elementos atinentes a la legitimación en esta materia: 1º) las reglas para la identificación de los procesos colectivos de esta categoría y su ámbito de aplicación; 2º) la legitimación procesal y la previsión de los derechos de incidencia colectiva y 3º) la regla sobre adecuación de trámites en los casos de procesos urgentes.

Segundo: cuadra reconocer que, ciertamente, a lo anterior debe agregarse que existen otros aspectos instrumentales que necesariamente deberán ser previstos para asegurar la efectiva tutela de estas nuevas categorías de legitimación, los que si bien no hacen directamente al reconocimiento de la categoría, constituyen normas adjetivas, registrales, destinadas a una mejor implementación del sistema que finalmente se elija. Así, resulta de importancia señalar la necesidad de que los proyectos de ley en la materia contemplen cláusulas relativas a los siguientes extremos operativos: 1º) las reglas en caso en que se deduzcan pretensiones inclusivas tardías; 2º) las cláusulas que permitan conjugar la instancia de mediación –cuando esta es requerida– y los procesos colectivos; 3º) la organización y llevado de un registro de procesos colectivos, de cara al público en general y a los usuarios del servicio de justicia en especial y, finalmente, 4º) las reglas mediante las cuales se designe al representante del grupo afectado.

V. Reflexiones finales

No caben dudas de que estamos frente a un nuevo escenario dentro del cual toma cuerpo una nueva dinámica de intereses públicos gestionados dentro de nuevos paradigmas. Prueba de ello es que la tradicional estructura sobre la que se apoyó la construcción del contencioso administrativo, ahora cruje. Así, las tradicionales categorías de legitimación procesal se encuentran, sino superadas, al menos trastocadas. A la tríada derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, cuadra sustituirla por la de derechos individuales vis a vis intereses de incidencia colectiva.

Y dentro de estos últimos, encontramos la progresiva expansión de su ámbito de actuación. Así, nuestro Máximo Tribunal comienza el contorno de categorías superadoras y deja abierta una serie de interrogantes que irán siendo develados con el decurso de la actividad judicial futura.

Ello deja la puerta abierta no sólo para el replanteo de los ya referidos cuestionamientos, sino además para la formulación de nuevos interrogantes en torno a esta materia. Tal como se ha advertido de la sentencia en el caso “Halabi”: “[...] determinar cuándo una o varias personas, asociaciones u organismos públicos se encuentran legitimadas para representar a la ‘clase’ en el proceso colectivo, resulta de gran complejidad, pues su reconocimiento –a través de la instrumentación de un mecanismo adecuado a tal fin– se impone no solo ante la necesidad de satisfacer nuevas demandas sociales sino también para evitar fallos contradictorios”⁵⁶.

Entre muchos otros cuestionamientos, los principales pueden recaer en los siguientes puntos de debate:

Primero: *quienes conforman la clase y lo que ha de entenderse por clase: ¿Cómo se configura la clase?; ¿conviene especificar en la reglamentación el criterio de formación de clase sentado en el fallo “Halabi”? En caso afirmativo, ¿qué parámetros debieran seguirse?; ¿cómo determinar a los sujetos que componen la clase; ¿qué criterio utilizar para identificar al grupo o colectivo afectado?; ¿conviene especificarlo?*

Segundo: *la integración de la clase al proceso: ¿debe hacerse a petición del actor, del demandado, o también de oficio?; ¿cómo se evita la duplicidad de procesos idénticos?; ¿se creará un registro de procesos de clase?; ¿cómo se cita a los integrantes de la clase?; ¿cómo difundir, notificar y comunicar adecuada y oportunamente a los sujetos interesados potenciales o actuales integrantes de la clase para su integración o no al proceso colectivo?; ¿cuáles son los mecanismos más adecuados y eficientes para asegurar la efectiva integración de la clase en estos procesos colectivos?*

Tercero: *la representación procesal de la clase: ¿quien ha de representar a la clase, ¿será elegido por los miembros de la clase, por prioridad en la promoción de la demanda, o se atribuirá a organismos públicos?; ¿basta con la demostración de la condición de integrante de clase por parte de quien requiere ser declarado representante*

⁵⁶ Spacarotel, en “El Derecho Administrativo”, mayo de 2009.

o debe restringírsela a algún tipo de calidades especiales, como pareciera establecer la Corte? En este caso, ¿existen riesgos de afectación de derechos fundamentales y, en su caso, de garantías constitucionales, de establecerse requisitos especiales? Finalmente, ¿qué criterios debieran predominantemente meritarse para la designación del representante definitivo de la clase?

Cuarto: la participación e intervención de ONGs, Asociaciones de Consumidores y Usuarios y el Defensor del Pueblo u otros Entes Públicos dotados de legitimación procesal institucional: *¿qué rol desempeñarán el Defensor del Pueblo, las Asociaciones y el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa?* Sumado a ello, ¿cuál es el alcance de su actuación?

Pues bien, dicho todo lo anterior, el caso “Halabi” nos deja algunas inferencias vinculadas por lo menos con la reconfiguración del proceso contencioso administrativo y la resignificación del rol del juez, orientado a la búsqueda de las nuevas bases de sustentación de un derecho público que viene a satisfacer la nueva racionalidad a la cual aspira este nuevo sistema.

Este caso no sólo ha consagrado una doctrina generosa sobre el alcance de los derechos de incidencia colectiva, sino que también los ha conectado indisolublemente con una concepción robusta de la garantía de acceso a la justicia. Ello así en tanto la Corte identifica allí la efectividad de los nuevos derechos con la superación de los paradigmas individualistas clásicos del acceso a la justicia y la legitimación procesal, para afirmar que estos nuevos derechos demandan nuevas vías de acceso a la justicia. No se limita a la formulación de declaraciones, sino que toma la iniciativa institucional ante la mora del Congreso y comienza a delinear estándares básicos que guíen a los tribunales en la gestión de las acciones colectivas⁵⁷.

La Corte, en este sentido, es clara cuando señala en su decisorio que el hecho de que esta acción colectiva no posea un carril procesal para hacerla efectiva “no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados [...] las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”⁵⁸.

“Que es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir [...] Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”⁵⁹.

⁵⁷ Mouriño, Gustavo; Sigal, Martín, “‘Halabi’: la consolidación...”, citado.

⁵⁸ Considerando 15.

⁵⁹ Considerando 16

Y este último dato es el que justamente valida el cambio de este paradigma, que probablemente encuentre al Poder Judicial en cabeza de nuestro Máximo Tribunal reconfigurando su rol y sus poderes de actuación, superando su hasta entonces tradicional *rol subalterno*, reemplazando las prácticas del *paradigma individualista con un rol judicial dispositivo*, por otras asociadas a un *paradigma colectivo con un rol judicial organizador y conductor*⁶⁰, lo que significa un cambio en su discusión institucional clásica acerca de “cuándo” debía intervenir por otra más afín al nuevo paradigma aludido referida a “cómo” debe hacerlo, autoerigiéndose ahora en un *poder del Estado*, encargado de desarrollar el programa constitucional expuesto en la reforma de 1994, al que entiende articulado sobre la base de un *paradigma de derechos robustos con amplia justiciabilidad*.

Es que con esta decisión, “ha quedado una vez más en claro el rol político de la Corte, recordando que toda función de administrar justicia es esencialmente política y que por ello la Corte es un órgano político custodio de las instituciones de la república”⁶¹, la cual, frente a la novedad del caso, “requiere de un nuevo rol de la justicia, el que sin dudas hubo de adoptar la Corte”⁶². Ello tiene su razón de ser en respuesta a “que la complejidad y los desafíos que presenta el siglo XXI son otros y que por ello se hace necesaria la construcción de un nuevo modelo de juez. Se hace necesario un nuevo activismo en defensa de los derechos fundamentales, cuyo contenido mínimo debe ser afianzado, reconociendo siempre que dicho activismo no implica de ningún modo establecer el gobierno de los jueces”⁶³. De esta manera, podría decirse que este nuevo rol que viene asumiendo nuestro Máximo Tribunal ya desde algún tiempo atrás, alude a una nueva cultura jurídica que –desde la óptica del neoconstitucionalismo⁶⁴– reclama una nueva teoría del derecho, que pueda resumirse en las siguientes líneas de evolución: 1º) más principios que reglas; 2º) más ponderación que subsunción; 3º) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; 4º) omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; 5º) coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica.

Es que, justamente, citando el pensamiento de Jürgen Habermas en *Más allá del Estado Nacional*, lo que esta nueva realidad exige es que no se excluya una capitulación de los principios del Estado de Derecho frente a esta abrumadora complejidad social. Si esto se produjese, no sólo cambiarían nuestros conceptos de derecho y democracia, sino que además se experimentaría un cambio radical en la autocomprensión normativa de los

⁶⁰ Mouriño, Gustavo; Sigal, Martín, “‘Halabi’: la consolidación...”, citado.

⁶¹ Spacarotel, citado. Es que, precisamente, “las sentencias de la Corte tienen profunda influencia sobre todas las instituciones del país. Vinculado a ello, suele decirse que la Constitución no es sino lo que la Corte Suprema dice que es” (Linares Quintana, Segundo, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Ed. Abelardo Perrot, 1999; en Mouriño, Sigal y Nino, *Las acciones...*, cit., p. 169).

⁶² Ídem.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Sugiero ampliar en Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2005.

DESDE LOS DERECHOS

ciudadanos. Esto es así en cuanto tales contextos conceptuales fundan también hechos sociales, por lo que merece la pena una reconstrucción de las ramificadas implicancias de un sistema de derecho, que no puede extraer su legitimidad de otro sitio que no sea el de la idea de autolegislación. En cuanto se evapora la sustancia normativa (por ejemplo, en el caso de que quienes recurren a los tribunales ya no tuviesen la sensación de que cuentan con la posibilidad de recibir justicia, o los electores ya no creyesen poder influir con sus votos sobre la política del gobierno), el derecho se convertiría en un instrumento de control del comportamiento y la decisión democrática mayoritaria vendría a ser ahora un espectáculo de engaños y de autoengaños, carente de consecuencias.

DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS DE INTERDICCIÓN DE LA MOROSIDAD ADMINISTRATIVA EN ARGENTINA: UNA NUEVA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL HUMANITARIA*

I. Reflexiones iniciales

En mi opinión, los mecanismos para combatir la morosidad estatal previstos en el régimen de procedimientos administrativos del nivel federal de Argentina –tales como el silencio, la queja y el amparo por mora¹– se encuentran actualmente deslegitimados en tanto instrumentos orientados a obtener una decisión equitativa en tiempo razonable.

Claramente, no son más percibidos por los reales actores del sistema –sean individuos, sectores sociales o grupos económicos– como instrumentos eficaces para siquiera intentar o procurar afianzar un derecho a peticionar que –hoy, en sus actuales y reales condiciones de operatividad del sistema– se encuentra cada vez más desconectado de su correlativa obligación de resolver.

* El autor agradece las valiosas aportaciones del Profesor Juan Martín Vocos Conesa y la asistencia y colaboración de los jóvenes investigadores Abogs. Tomás Pomar y Guido Bertoni.

¹ Respecto del tratamiento doctrinario en Argentina del silencio y el régimen de la acción de amparo por mora, creo necesario remitirme a las siguientes obras: Balbín, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 155-158, 821-825; García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, T. I, pp. 378-384 y 429-431 y T. II, pp. 785-793; Tawil, Guido Santiago (Director), *Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 88 y sigs., 173-179 y 260 a 262. También, se recomienda: Vocos Conesa, Juan Martín, “La acción judicial de amparo por mora de la Administración pública”, artículo publicado en AA. VV., *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz. Derecho Procesal*, Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (Coordinadores), México DF, Universidad Nacional Autónoma de México –Instituto de Investigaciones Jurídicas–, marzo de 2005, pp. 353-380.

Precisamente, es un valor compartido –elevado a la jerarquía de regla no escrita– entre el universo de particulares y recurrentes que nada mejor o peor para enfurecer a un funcionario y determinarlo a perjudicarnos o al menos a resolver en nuestro perjuicio que petitionar un pronto despacho y ni que hablar de ocurrir en amparo por mora. De la queja no trato pues ella es, en el mejor escenario, percibida como inocua. Ni siquiera un placebo pues no genera convicción alguna. Eso sí, algo hay seguro: de optar por ocurrir mediante alguno de estos tres remedios lo único que habremos de conjurar en mi país es la poca neutralidad que a fuer de casualidades quizás nos hubiese beneficiado.

II. Algunas racionalidades del derecho de petición

De allí que, de este lado, el real derecho de petición en mi país se ejerza mediante prácticas sociales usualmente aceptadas –y cada vez más en boga– que si bien oficiosas no por ello menos efectivas: desde la paciente gestión de intereses hasta la crujiente protesta social, la realidad nos exhibe una paleta inmensamente colorida de alternativas e iniciativas concretas y eficaces en pos de la admisión de nuestras peticiones y pretensiones –jamás, por favor, procesales, si de lo que se trata es de tener éxito– administrativas. Del otro lado, los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales; el día a día en el Tribunal nacional.

Porque si bien el derecho de petición y el deber de resolución son dos caras de una misma moneda, en la que no decidir o decidir fuera del plazo equivale a incumplimiento de una obligación –como enseña el querido Maestro Argentino Agustín Gordillo²– o –como enseñaba el entrañable profesor y juez argentino Dr. Guillermo Muñoz³ y actualmente lo hace la profesora argentina Miriam Ivanega⁴– que el derecho de petitionar se debiera corresponder con la obligación estatal de pronunciarse, dada la relación jurídica originada a partir de la presentación del interesado –pues de lo contrario estaríamos frente a un derecho cuyo ejercicio se extinguiría con la presentación formal–, y si bien todo lo anterior

² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2012, T. 4, pp. VIII-34 y sigs. y T. 6, pp. I-1,3 y sigs., pp.: II-9 y sigs.

³ Ver Muñoz, Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos 27, 1982, pp. 69 y sigs.; “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, *LL*, 1990-b, p. 891, y reeditado en Muñoz, Guillermo Andrés y Grecco, Carlos Manuel, *Fragments y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 675 y sigs. En sentido concordante: Grecco, Carlos Manuel, “Sobre el silencio de la Administración”, *LL*, 1980-C y reeditado en *op. cit.*, pp. 259 y sigs.

⁴ Ivanega, Miriam, “Remedios legales contra la mora de la Administración”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 339, Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Antonio Pedro Chede, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006 y “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora”, en AA. VV., Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 1681. Ver también de la autora: *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis-UCA, 2007 y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, julio-diciembre de 2008, y en: “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa. El rol de los controles administrativo y judicial”, inédita, conferencia brindada en México, 25 y 26 de junio de 2009.

corona en la pacífica descalificación del silencio como un comportamiento antijurídico⁵, tal como uniformemente lo propone doctrina y jurisprudencia especializada, la realidad opera de manera inversa⁶.

Impera en nuestra cultura administrativa un culto al silencio, al secreto, la reserva, al sigilo y no a la publicidad o al pronunciamiento. Como explica Gordillo en su *Administración paralela* reeditada en el sexto tomo de su *Tratado*, edición 2012, el funcionariado percibe que lo correcto, lícito y debido es ser celoso guardián de toda ratio administrativa de manera de limitarse a resolver a cuentagotas y solo cuando sea estrictamente necesario, pues lo contrario puede “comprometerlo”⁷.

Y entonces vemos que esta valoración, esta ratio, funge en el caso argentino como la verdadera forma social adecuada de un derecho no escrito, me refiero al culto al silencio, pero que si bien no emana del Estado genera la convicción de que cualquier disposición en contrario es cuanto menos irrealizable y por ello ilegítima: “[...] no se sabe cómo ni por qué pero el funcionariado tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la que se encuentra no es en absoluto la descrita en la ley sino aquella que sin ninguna dificultad aprehende de sus superiores y compañeros de trabajo; que por otra parte es exactamente la misma con la cual se debe enfrentar en cuanto administrado frente a otras reparticiones”⁸.

⁵ Ver Muñoz, Guillermo, “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, *op. cit.*, pp. 680-682, “Cuando el particular dirige una petición a los órganos públicos, genera una especial relación jurídica con la Administración; una relación procesal, formal, que puede corresponderse o no con una relación o función material de la Administración. Aclarado este aspecto, reitero que la profusión de técnicas para corregir la inactividad administrativa, planteó el problema de armonizarlas [...] Tanto la orden de pronto despacho como el silencio son técnicas creadas para contrarrestar la inactividad formal. Ambas requieren, para su procedencia, la petición de un particular que no obtiene respuesta en sede administrativa [...] El silencio sólo tiene sentido desde la óptica del proceso, su existencia viene anudada al requisito del acto previo. El amparo por mora se fundamenta en el derecho de los administrados a obtener una resolución expresa, que opera como correlato del deber de resolver”.

⁶ No es osado afirmar que los institutos en análisis operan en la realidad como mecanismos promotores de la indefensión del particular. Nada mejor entonces que releer esa brillante apertura con la cual Agustín Gordillo comienza la exposición de su célebre “La Administración paralela, el parasistema jurídico administrativo”, pues grafica el marco dentro del cual se inscriben los problemas y reflexiones de mi presentación. Dice el autor: “La indefensión del administrado frente a la Administración asume a veces formas insospechadas en el plano teórico, pero dotadas de suficiente realidad en el plano práctico como para merecer algún comentario. Se trata de indefensión no solo frente a las normas jurídicas formales, sino frente a las normas y procedimientos que rigen en la práctica pero que no están establecidos en ninguna norma, o que incluso contrarían expresas normas vigentes: El particular que no esté habituado a tratar con la Administración se desorienta en mayor medida aún, y no atina siempre a elegir el método adecuado de comportamiento a seguir frente a tales circunstancias. Existe así un procedimiento administrativo paralelo al formal, como también una organización administrativa informal que no siempre coincide con la que el organigrama indica” (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. 6, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012, pp. AP-I-1).

⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, *op. cit.*, “La Administración paralela...”, *cit.*, pp. AP-II-9.

⁸ *Ibidem*, pp. AP-II-10.

A ello se agrega otro dato que contribuye a explicar el imperio del silencio por sobre la obligación de resolver y la deslegitimidad actual que le apuntamos a los mecanismos de conjuro de la morosidad administrativa, los que además permanecen extrañamente aún desconectados de la hermenéutica de los derechos humanos, tal como ilustra el desarrollo jurisprudencial de mi país en la última década. En especial, la trascendente declaración de inconstitucionalidad del Artículo 31 de la Ley N° 19.549, en cuanto exige el cumplimiento del requisito previsto por el Artículo 25 una vez vencido el plazo posterior al pedido de pronto despacho formulado en el reclamo administrativo previo, en el caso “Biosystems” sentenciado por la Sala III de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal de mi país, la Ciudad de Buenos Aires⁹.

Pero volvamos a este dato. El dato es el siguiente: resulta ser –según explica el gran profesor Gordillo en su reedición de la *Administración paralela*– que “la ley de procedimiento administrativo, aún hecha con el mejor criterio jurídico, no se cumple eficazmente sino en aquello que tiene de limitativo para el particular y de atribución de potestades para la Administración pública”¹⁰. Aquí llegamos a la válvula de escape de la ley: el punto de fuga de la legitimidad del sistema. Porque “en cuanto la ley introduce criterios de [...] defensa del administrado o control de la actividad administrativa, la realidad en general muy poco recoge de los nuevos preceptos. Resulta de ello que subsiste un procedimiento administrativo real, con reglas y principios que conocen y manejan los que se especializan, por ejemplo, en gestiones o trámites ante la Administración pública, y un procedimiento administrativo legislado que en parte coincide con aquél y en parte no. Es como si fueran dos círculos parcialmente superpuestos; en cuanto ambos círculos se cortan, tenemos normas que son al propio tiempo legales y reales, en lo que ambos círculos no tienen contacto, cada uno tiene normas que son ajenas al otro. Hay así normas legales que no se cumplen y normas reales que no están en la ley”¹¹.

Y esto se ve claramente en las actuales condiciones de operatividad del derecho de petición, o mejor dicho, como lo llama la Profesora Miriam Ivanega, aquí nos encontramos con la enfermedad que se procura tratar con los tres remedios brillantemente explicitados en su obra. Dice la autora: “Se optó por identificar a este trabajo con el término ‘remedios’. Y esto es así porque entendemos que las figuras analizadas tienen por objeto ‘producir un cambio favorable en las enfermedades’ de la organización administrativa. Las enfermedades de la Administración la trascienden y proyectan sus efectos fuera de ella, perjudicando a los particulares en el ejercicio de derechos y garantías. Por eso, los ‘remedios’ aquí abordados sólo constituyen paliativos para disminuir los efectos nefastos que producen las anormalidades de la organización pública. Esto es así porque, en realidad, son instrumentos que atacan el síntoma (la mora) sin curar la enfermedad, es decir, producen una cura parcial o relativa

⁹ CAF-III, Sentencia del 18-4-2011, “Biosystems SA c/ EN – M° Salud – Hospital Posadas s/ contrato administrativo”. Ver también: CSJN, 26-3-2009, “Ávila, Félix Esteban c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ Art. 3°, Ley N° 24.043”; CSJN, 11-6-2003, “Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento”.

¹⁰ Gordillo, Agustín, obra citada, pp. AP-II-7.

¹¹ Gordillo, Agustín, obra citada, pp. AP-II-7 y 8.

en relación al afectado directo: el ciudadano. En definitiva, sin dejar de valorar los mecanismos legales abordados, lo cierto es que el problema de la mora obedece a causas tan arraigadas y antiguas como la Administración misma. Y si bien ello ya conforma nuestra idiosincrasia, no podemos soslayar la progresiva degradación de las estructuras y de los mecanismos de gestión y control, que ponen en riesgo el cumplimiento de los fines estatales y que, en lo particular, van tendiendo a que la mora administrativa de ser un síntoma pase a convertirse en una enfermedad crónica¹².

De allí que la fenomenología expuesta evidencia un procedimiento administrativo de la *realidad* (el construido a partir del sigilo del funcionario *vis a vis* la cautela del peticionante, cara y ceca de una misma moneda percibida como única opción eficaz para la realización de los derechos e intereses) y un procedimiento administrativo *legislado* cuyo único punto de coincidencia con aquel, en el tema en tratamiento, reside en la previsión normativa de la denegatoria ficta del silencio.

Es que, insisto entonces, la pervivencia de este instituto de la denegatoria ficta en el sistema legal y judicial nacional –solo posible por su aún inexplicable desconexión con la hermenéutica supranacional de los derechos humanos–, al validar la percepción en nuestro universo de operadores jurídicos de que el acierto reside en el silencio y que éste solo se conjura mediante mecanismos persuasivos que van desde sutiles gestiones de intereses hasta brutales protestas sociales, minan la credibilidad de los tres “remedios” tradicionales y lamentablemente los degradan –las más de las veces– al triste rol de los placebos¹³.

Aclaro que adscribo a la categoría de “remedios” en las cuales la Dra. Ivanega calificó a los mecanismos de combate de la morosidad administrativa, por compartir con ella que las figuras del amparo por mora, silencio y queja debieran servir a la ratio de “producir un cambio favorable en las enfermedades” de la organización administrativa.

¹² Ivanega, Miriam, “Remedios legales contra la mora de la Administración”, *op. cit.*, acápite VI “Conclusión”. Ver también de la autora: *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia argentina*, *op. cit.*, y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, y en: “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa...”, *cit.*

¹³ Es que uno de los núcleos del problema que planteo finca en el incentivo negativo que comporta la pervivencia de la denegatoria ficta dentro del instituto del silencio por operar como válvula de escape de la obligación jurídica de resolver. Es decir, por ser una norma “irrazonablemente disvaliosa”. De nada vale reconocer el derecho fundamental a la buena Administración ni especificar normativamente que el debido procedimiento adjetivo comprende la obligación de resolver, si luego el mismo ordenamiento tolera –mediante la denegatoria ficta– que no se resuelva. Siguiendo la lógica de Gordillo, claramente tenemos a la denegatoria ficta operando un umbral de indefensión que reduce a un marco de apartamiento constitucional, irrealidad y exceso al derecho a la resolución fundada. Explica el autor: “Los apartamientos constitucionales pueden revestir múltiples formas [...] pueden ser vacíos legislativos que implican inexistencia de medios adecuados de defensa del particular ante la Administración. Sin embargo, pensamos que existe una preponderancia, dentro de los supuestos de normas existentes y formalmente vigentes que son inconstitucionales por irrazonablemente disvaliosas, en que tal inconstitucionalidad se presenta bajo la forma de exceso e irrealidad de la norma. En efecto, se abusa al crearla de lo que razonablemente puede ser el rol orientador y paradigmático o arquitectónico del derecho. Se plantea como norma de conducta no ya lo deseable y posible, sino meramente lo humanamente imposible e irrealizable, por tanto lo que sólo puede quiméricamente ser ‘deseable’, pero no del plano de las reales conductas humanas. Relataba Bielsa que un constitucionalista brasileño, al ser consultado sobre qué reformas propendría a la

III. La cuestionable técnica de la denegatoria ficta y sus incentivos negativos

Dicho todo lo anterior, tengo para mí que el régimen jurídico del silencio administrativo y especialmente el sistema de la denegatoria ficta previsto en el régimen de procedimientos administrativos vigente en el nivel federal argentino no se adecua a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por erigirse en un incentivo normativo negativo que erosiona a la obligación jurídica de resolver contenida en el Artículo 1º, apartado “1”, inciso “e”¹⁴, del apuntado régimen de procedimientos administrativos. Siendo así se constituye en campo fértil para que se produzcan prácticas administrativas funestas, plagadas de ignominias y retardos –e inclusive muchas veces rayanas con la corrupción– tales como la que en la jerga se denomina “cajoneo”.

Todo esto nos advierte de la consecuente inadecuación del régimen del silencio a los postulados de la tutela administrativa efectiva contenida en los Artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el derecho al recurso efectivo contenido en el Artículo 2º, Apartado 3º, inciso “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente.

Señalo que ello es así dado que estas normas supranacionales recaban de los estados el establecimiento de mecanismos e incentivos eficaces de resolución administrativa en tiempo real, como brevemente presentaremos.

Y si de eficacia se trata tenemos además una inadecuación marcada por la complejidad de la telaraña jurídica del silencio porque el régimen de combate contra la morosidad administrativa prevista en el régimen de procedimientos administrativos descarga sobre el particular toda la carga de demostrar el incumplimiento estatal –tal como minuciosamente expone Ivanega en su obra¹⁵–, ya que para conjurar al silencio no solo debe aguardar plazo,

Constitución, propuso lo siguiente: ‘Artigo único: Tudo brasileiro fica obrigado a ter verghona’. Se resume allí, por una parte, la irrealidad de querer llevarlo todo a una norma escrita, y por la otra, que la clave del buen funcionamiento de un sistema está no tanto en su texto como en los valores con los cuales los ciudadanos efectivamente se comporten, y que de nada vale, sin tales valores, cualquier esquema constitucional y cualquier aspiración que en el plasmemos” (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. 6, 1ª Ed., Buenos Aires, FDA, 2012, pp. AP-II-3).

¹⁴ Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19549. “Artículo 1º.- Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: [...] e) En cuanto a los plazos: 1) Serán obligatorios para los interesados y para la Administración”.

¹⁵ Ampliar en: Ivanega, Miriam, “Remedios legales” contra la mora de la Administración, en Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Antonio Pedro Chede, Rosario, junio de 2006 y “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora”, en AA. VV., Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 1681. Ver también de la autora: *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis-UCA, 2007, y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, México, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, julio-diciembre de 2008, y en: “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa. El rol de los controles administrativo y judicial”, inédita, conferencia brindada en México 25 y 26 de junio de 2009.

pedir pronto despacho, aguardar un plazo suplementario, sino que, asimismo, debe accionar judicialmente en amparo por mora –con más el deber de demostrar todos los recaudos que ameritan su procedencia– para obtener una orden judicial de pronto despacho la cual, a su vez, redimirá la mora al concederle un plazo suplementario a la Administración para, a lo sumo, obtener un consabido acto administrativo de rechazo.

Entonces, por sus condiciones operativas, cuadra recrear los señalamientos del destacado profesor Guillermo Muñoz, cuando enseñaba que el régimen jurídico de conjura al silencio tiene mucho de espejismo: sería solo una apariencia de garantía pues el juez, quien de por sí se encuentra sobrecargado de trabajo y por ello enfrenta severos condicionamientos para sentenciar en tiempo razonable, le va a exigir a la Administración que cumpla algo que él tampoco puede cumplir. Es que, precisamente, ya hace más de veinte años atrás este destacado autor nos advertía de una realidad que hoy, lejos de haberse conjurado, luce como desbordante, al señalar: “[...] el número de causas contencioso administrativas viene creciendo a un ritmo vertiginoso, a un ritmo que supera las posibilidades materiales de los jueces de primera instancia cuyo atraso ya es serio. Dentro de este contexto las órdenes de pronto despacho resultan un contrasentido: el juez le ordena que la Administración haga lo que él no puede hacer. Este contrasentido crea una evanescente ilusión: quien acude a la justicia requiriendo esos mandamientos se asombra por la rapidez con que son despachados, pero cuando después vuelve a discutir el problema de fondo por las vías ordinarias se encuentra frente a otra realidad, frente a otra justicia. Entonces, comienza a comprender que resultó víctima de un espejismo, cuando no de una diabólica trampa; que el amparo por mora es apenas un atajo que conduce a un callejón sin salida”¹⁶.

Esta realidad constituye un incentivo negativo, puesto que por sus resultados el propio sistema jurídico incentiva a no ocurrir al amparo por mora. Máxime que en el único caso para el que sería útil: para que la Administración pague lo que debe, la interpretación de la ley lo prohíbe.

El espejismo se acentúa y el incentivo negativo a usarlo llega a su punto máximo en actos a dictarse en ejercicio de potestad discrecional: precisamente, cuando necesitamos obtener un favor de la Administración, tal como la obtención de un permiso o licencia u otra forma de delegación de cometidos económicos o la prórroga de una concesión vencida o la resolución de un procedimiento selectivo, jamás se nos ocurriría ir en busca de alguno de los tres remedios.

Sabido es por todos nosotros que frente a tales supuestos los usos aconsejan “no molestar al magistrado para pedirle aquel consuelo que por nuestra impaciencia la Administración no concedió”.

¹⁶ Autor y trabajo citado, pp. 685 y 686, quien premonitoriamente remataba su aserto preanunciando una realidad que comenzamos a vivir pocos años después de la reforma constitucional de 1994: “Y si esto ocurre con la inactividad formal, no sé qué podría pasar si se abren las compuertas del control a la inactividad material”.

Entonces, insisto, todos sabemos que a nadie se le ocurriría jamás utilizar la vía del amparo por mora para aquellos casos en los que se encuentran en juego cuestiones vinculadas con el emprendimiento, el desarrollo o el mantenimiento de un destino o iniciativa empresarial del que dependa la suerte y fortuna de múltiples familias.

Con lo dicho tengo que en la real operatividad del régimen legal argentino de petición y silencio administrativo están ausentes o erosionados los estándares de la Corte Interamericana (i) de resolución expresa en tiempo razonable, (ii) de tramitación con diligencia y eficacia, (iii) de sencillez de trámite. Claramente el sistema legal vigente, seguramente muy útil y de avanzada cuarenta años atrás, hoy es inadecuado¹⁷.

III.1. Inconveniencias de trasladar a la sede judicial la exigibilidad de la obligación de resolver en sede administrativa

Claramente, en mi país, en el régimen vigente la obligación de resolver para la Administración, en concreto, recién será exigible con el dictado de la orden judicial de pronto despacho en el marco de la acción judicial de amparo por mora. Ello fue un avance trascendental cuarenta años atrás en Argentina. Hoy ya no lo es dada la exponencial ampliación de la tutela judicial operada a partir de la reconfiguración del plexo constitucional argentino de 1994. Se agrega entonces este componente, que, insisto, hoy a diferencia de ayer nos enfrenta a la inadecuación del sistema: la sobreacumulación de causas en el Poder Judicial que exige de parte de sus integrantes un esfuerzo enorme para atenderlas, ya no en plazo real porque eso es casi imposible. Los justiciables argentinos nos contentamos con que tan solo se nos resuelva¹⁸.

Ya no pedimos del juez un plazo oportuno, eficaz, porque sabemos que humanamente ellos están desbordados; hecho notorio también justificante del progresivo desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias. Este dato de la realidad, reitero, viene –como explicaba Muñoz bastante tiempo atrás– a reducir a la telaraña jurídica del

¹⁷ Me resulta imposible evitar recrear la seductora evocación que el Profesor Guillermo Muñoz hiciera respecto de la semblanza abandónica de la ley proferida por Foucault: “Tan pronto como se la mira, dijo, el rostro de la ley se da media vuelta y entra en la sombra; en cuanto uno quiere oír sus palabras, sólo consigue oír un canto que no es otra cosa que la promesa de un canto futuro. Al igual que el de las sirenas, su fascinación no nace de su canto actual sino de lo que promete que será ese canto. Y lo que de ella escucho simplemente dice que el derecho es algo más que un mero adorno de la pasión, del interés o del prejuicio” (Muñoz, Guillermo, “Régimen Jurídico del Amparo”, conferencia dictada en la Universidad Austral, en julio de 1996, publicada en Muñoz, Guillermo Andrés y Grecco, Carlos Manuel, *Fragments y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 718).

¹⁸ Lo que no dije es que los justiciables somos igualmente responsables por este desasosiego. También aquí el luminoso pensamiento omnipresente de Muñoz quien, siguiendo a Satta, decía: “[...] la crisis del proceso es la crisis de los jueces y de los abogados. Unos y otros han contribuido, por razones muy distintas, a crear este complejo tejido de trámites contradictorios que distancian al proceso de los fines que está llamado a cumplir, que lo muestran como una trágica caricatura de lo que debería ser”. Lapidario. Lo peor es que la admonición de este gran juez y Maestro luce real. Y para colmo, actual. (Muñoz, Guillermo, *Hacia una deconstrucción de la teoría del proceso administrativo*, en *op. cit.*, p. 560).

silencio, en solo un espejismo: se le pedirá al juez que le ordene a la Administración algo que ni ella ni él pueden cumplir. Todo parece indicar que la solución de fondo al problema de la inactividad de la Administración no puede ser alcanzada a través del control judicial porque: “a) el funcionamiento de la justicia no es mucho mejor que el de la Administración [...] los derechos consagrados en las nuevas constituciones concurren a profundizar el abismo existente entre las prestaciones prometidas y las efectivamente acordadas”¹⁹.

III.2. Aproximaciones a la crisis de la actual formulación del silencio administrativo

Por eso en mi opinión hay una crisis endógena y exógena del silencio en mi país.

La primera, interna, porque las condiciones de operatividad ya no son las mismas que cuarenta años atrás por la ampliación exponencial de las situaciones jurídicas administrativas que merecen –por un lado– cobertura y pronunciamiento expreso administrativo y –por el otro– que recaban de una tutela judicial que ya dejó de ser limitada al dogma revisor y fue llamada a atender situaciones vinculadas con el restablecimiento y reconocimiento de derechos tanto individuales como colectivos²⁰. Todo esto, al determinar deficitarias condiciones de operatividad del sistema, lo torna ineficaz.

La segunda, externa, por el incentivo negativo que comporta la pervivencia de esta telaraña jurídica que dista de ser un sistema sencillo, para atender situaciones antes no justiciables por el orden administrativo.

Adviértase que hoy, por conducto de la especificación de derechos fundamentales y consecuente reordenamiento de potestades estatales operados por la reforma constitucional de 1994, la Administración se encuentra jurídicamente obligada a atender –con o sin acto administrativo– cuestiones de alta sensibilidad económica y social que ya han prefigurado los contornos de un verdadero derecho público social, situación ésta que antes no era tan clara²¹.

¹⁹ Autor y trabajo citados, p. 686. Y agregaba Muñoz: “Es que, el derecho tiene sus límites. Si bien puede ser un instrumento apto para corregir las ocasionales omisiones de una Administración eficiente, fracasa cuando se le pide que, en un acto de singular taumaturgia, transforme una Administración estructuralmente inepta en otra diligente y eficaz. Después de todo, las exigencias sociales no se satisfacen con fórmulas jurídicas, pues se trata de una realidad ‘rabiosamente política y social’ (Nieto)”.

²⁰ Mucho se ha escrito al respecto desde variadas perspectivas, inferencias y sobre las diferentes proyecciones que provoca la necesidad de constante reconfiguración y cambio de las instituciones jurídico administrativas para afrontar la nueva realidad. Así, desde el célebre *La crisis del Estado*, del Ilustre Profesor Italiano Sabino Cassese, traducido al español, pasando por sus trabajos: “Oltre lo Stato”, Laterza, 2006 y por “The rise of the Administrative State in Europe”, Milano, Giuffrè, 2010, especialmente su puntos 7º, “The main features of the classical configurations” y 8º, “Continuity and change”, hasta su reciente y magistral obra: *El Derecho Global, Justicia y Democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010 y en nuestro país la obra de Agustín Gordillo, especialmente los Capítulos del T. I de su *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, hasta la reciente obra AA. VV., *Estudios jurídicos sobre Administración Pública*, Fernández Ruiz, Coordinador, México, UNAM, 2012 y el *Curso de Derecho Administrativo*, del Profesor Carlos Balbín, Ts. I y II, Buenos Aires, La Ley, 2007.

²¹ A modo de homenaje perpetuo me remito al pensamiento que mi entrañable Maestro y amigo Germán Bidart Campos proyectó en su obra y, por eso, con él, digo: “En la actualidad, la doctrina constitucional acude mucho

En este contexto, el viejo sistema no ofrece soluciones frente a la novedad plasmada en el nuevo plexo constitucional. Por el contrario, solo es apto para desdibujar la obligación estatal de atender situaciones de alta vulnerabilidad social ya que opera desde las rémoras de otro derecho administrativo, pasado, restringido a derechos subjetivos e intereses solo económicos²².

Hoy, además, la masividad, el desarrollo de las tecnologías de la información (*IT*, por sus siglas en inglés) aplicable a la gestión administrativa²³, unido a la progresiva reconversión de la programaticidad constitucional en operatividad humanitaria con la subsecuente

a la denominación de constitución económica para referirse a las normas que la constitución contiene en la materia [...] Guste o no aquella denominación, lo cierto es que el orden social y económico del Estado ya no es, hoy, algo 'extraconstitucional', sino una realidad a la que alcanzan las valoraciones constitucionales. Y cuando se habla de un Estado democrático, o de un Estado social y democrático de Derecho, es imposible ignorar o menospreciar todo el repertorio de pautas que se enderezan a prever el modo como la presencia de ese mismo Estado se enclava y se compatibiliza en la libertad (de trabajar, de industria, de comercio, de empresa, de contratar, etc.), en el mercado, en la competencia, y en los derechos sociales. Áreas tan sensibles no pueden manejarse con un criterio exclusivamente económico [...] Las consecuencias que dimanen de admitir que la constitución económica—o socioeconómica—se inserta en 'el derecho de la constitución' y se juridiza formalmente, son múltiples. Así, es menester que todo lo que antes pudo considerarse íntegramente emplazado en relaciones jurídicas privadas se tenga ahora como propio parcialmente del derecho público; por otro lado, conviene convencerse de que la etapa del clásico liberalismo y de su constitucionalismo ya agotó su ciclo, pertenece al pasado, y demanda el complemento del constitucionalismo social; asimismo los cambios que sobrevienen a escala mundial [...] exigen encuadrarse en el marco del Estado social [...] Nuestro empeño en esbozar este lineamiento de la constitución socioeconómica al hilo de la reforma de 1994 ha procurado mostrar con la mayor nitidez posible cuál es la orientación imperativa que descubrimos en el derecho de la constitución [...] Los poderes públicos y los particulares no pueden ser reacios, porque la constitución los obliga. Nos obliga a todos. [...] La constitución es como un laboratorio del que deben salir todos los productos que el poder tiene que suministrar a la sociedad, así como los que la propia sociedad elabora, también los que pertenecen al orbe de la economía y las finanzas. Con la reforma de 1994 ese laboratorio ha recibido pautas específicas al perfilar un Estado social y democrático de Derecho [...] el poder económico no puede independizarse de su subordinación a la constitución [...] La constitución que nos rige [...] diagrama una constitución económica democrática en un Estado social y democrático de Derecho" [Bidart Campos, Germán, "El constitucionalismo social (Esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada en 1994)", en AA. VV. - Coordinador: Germán Bidart Campos, *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 192, 193, 195 a 197].

²² El pensar acerca de la capacidad administrativa real del Estado de afrontar la progresiva expansión de tales núcleos prestacionales desde una estructura que, en su cultura de sigilo, sociológica y operacionalmente permanece con sus valoraciones inalteradas, me reconduce nuevamente al pensamiento crítico de Muñoz, quien más de veinte años atrás profería ésta admonición: "A veces temo que, de cara a esa inexorable realidad cotidiana, mi entusiasmo por esas vías procesales corra el riesgo de trocarse en quimera, pues a pesar de que existen y son utilizadas; a pesar de que vistas en su conjunto las soluciones creadas por nuestro ordenamiento se asemejan al sistema instaurado por la ley de la jurisdicción contencioso administrativa alemana de 1960, seguimos padeciendo cotidianamente, las consecuencias de una Administración dolorosamente ineficaz" (autor y trabajo citado, p. 686).

²³ Adscribo a la posición del gran maestro argentino Agustín Gordillo, para quien la modernización de la Administración pública pasa hoy por la imperiosa necesidad de incorporar en ella las tecnologías de la información, las cuales primero tienen que ser internalizadas en nosotros, sus operadores cotidianos, lo cual en sí es todo un desafío. Explica que el tema es lo que él llama "tarea imposible, no porque sea imposible modernizar la

reconfiguración de cláusulas programáticas en obligaciones jurídicas y judicialmente exigibles determina que el sistema deba simplificarse y, consecuentemente, reflejarse en la modernización de las normas de procedimientos administrativos, las cuales, incluso, debieran orientarse a su democratización en términos de lenguaje para satisfacer estándares humanitarios; deba ganar sencillez y eliminar de una vez por todas cualquier resquicio que le evite a la Administración pronunciarse; máxime porque –insisto– los enormes progresos tecnológicos ya aplicados a la Administración –la actual gestión informática de la Administración tributaria argentina es un excelente ejemplo de ello– lo hacen certeramente posible. Sin embargo, resulta claro que nos encontramos bastante lejos de ello²⁴.

Administración pública a través de las tecnologías de la información, sino porque es imposible encarar el tema sin el aporte simultáneo de abogados e ingenieros en sistemas, trabajando en equipo mucho tiempo [...] el primer problema que se presenta es poder llevar a cabo este diálogo interdisciplinario que resulta indispensable para la mutua comprensión y el logro eventual del objetivo común. No podemos pedirle al ingeniero en sistemas que aprenda nuestro vocabulario, pero sí podemos aproximarnos a entender alguna parte del suyo, para poder formular las preguntas y los cuestionamientos o requerimientos en forma mutuamente comprensible [...] La Administración pública, con excepción de la tributaria y alguna otra que puedo ignorar por su mayor especialidad (imagino trámites aduaneros de importación y exportación, operación de servicios públicos controlados por la Administración, etc.) todavía está en sus comienzos [...] Propongo que la Administración pública establezca organismos imparciales e independientes para resolver colegiadamente el aspecto técnico, tanto en *software* como en *hardware* y desde luego jurídicamente, de todo el inevitable proceso de digitalización de la actividad del Estado y las tecnologías de la información en general [...] La Administración y los abogados deberemos dejar de confiar en los expedientes físicos de papel como principal soporte probatorio y documental, y pasar al soporte, foliatura y cuerpos digitales. Los expedientes físicos son convenientes por un tiempo, pero luego están destinados a desaparecer físicamente. La Administración ya no los tiene siquiera cuando pasan diez o quince años, y no está en condiciones de defender un juicio internacional o arbitral con documentación antigua que no conoce ni puede encontrarla. De ahora en más deberá tener su propia *cloud computing* para los expedientes, si no confía en la *cloud computing* privada del mundo contemporáneo”. Ampliar en: Gordillo, Agustín, “IT y la modernización de la Administración pública”, en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre la Administración pública*, Jorge Fernández Ruiz - Coordinador, México, UNAM – Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2012, pp. 1-11.

²⁴No es nuevo el divorcio entre adelantos tecnológicos y procedimiento administrativo. Ya lo marcaba Muñoz veinte años atrás. Solo que ahora es más marcado porque la brecha entre la progresiva ineficacia en la gestión de los trámites proveniente de la sobreacumulación de trabajo y vertiginosos adelantos de *IT* (tecnologías de información) se encuentra muy acentuada en la actualidad. Me retrotraigo pues a sus admonitorios señalamientos: “Parece evidente que vivimos, unos como protagonistas, otros como observadores, algunos como pasajeros, en un mundo tan complejo como contradictorio. Sometidos a la presión feroz de un progreso tecnológico que nos desborda, la euforia por esas conquistas apenas disimula el lacerante desconcierto que nos corroe [...]. Es una época extraordinaria la nuestra. Todo parece hoy cuestionado: las relaciones con el poder, con la autoridad, las economías, los sistemas políticos. Y en medio de esas paradójales situaciones conviven simultáneamente los cometidos prestacionales del Estado y la inercia de la Administración; la motorización normativa y la dimisión del legislador” (Muñoz, Guillermo, “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, en *op. cit.*, p. 685). Al respecto, ver también Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. I, especialmente: Cap. II: “Pasado, presente y futuro en el derecho administrativo”; Cap. III: “Bases políticas, supra constitucionales y sociales del derecho administrativo”; Cap. IV: “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio”.

Entonces, la crisis exógena o externa se determina por la inadecuación del viejo régimen de la petición y silencio a la nueva realidad y plexo constitucional llamado a servir hoy en el marco de los nuevos paradigmas del derecho público²⁵, tan fuertemente atravesados por la interpretación “evolutiva y humanitaria” de los derechos humanos²⁶.

IV. Derechos humanos y procedimiento administrativo

Sentado lo anterior, encuentro necesario remarcar la aplicabilidad directa de las normas e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos al ámbito del procedimiento administrativo²⁷: la regla del debido proceso en los términos de la Convención se extiende a cualquier cauce formal y procedimental de actuación estatal operando como punto de partida del “control de convencionalidad” de la Administración, interrelacionado al “derecho a las garantías”, al orientarse a reconfigurar los institutos basales del procedimiento administrativo de cara a su necesaria armonización con el orden público superior de los

²⁵ Nos recordaba Muñoz que “el proceso contencioso administrativo no es una institución ácrona, integrada por técnicas inmutables. En su conformación gravitan condicionamientos históricos e ideológicos. Nacido para garantizar los derechos de los individuos frente a la actividad ilegítima de la Administración, los cauces procesales a través de los cuales se concreta fueron diseñados de cara a esa finalidad. Pero ocurre que las bases políticas y sociales sobre las cuales el proceso así configurado se apoyaba, sufrieron formidables cambios. Es que cada invento, cada ciencia, tiene un cierto aire de época. Y como los rasgos fundamentales del derecho administrativo se configuraron en el siglo pasado, hoy sigue arrastrando el peso de su concepción originaria: la defensa de los derechos individuales frente a las actuaciones administrativas” (autor y trabajo citado, pp. 676-677).

²⁶ Sirva esta afirmación de merecido homenaje a nuestro querido Profesor Jorge Luis Salomoni –siempre recordado con afecto– quien, siguiendo el pensamiento de Pedro Nikken, resaltaba la importancia del Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos por contener las normas de interpretación a que se debe sujetar el pacto y reconocer las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías inherentes a la dignidad de la persona humana o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, todo lo cual posibilita incorporar dentro de los tipos jurídicos del pacto a los nuevos derechos y garantías que se vayan incorporando en la cultura jurídica situada. De allí que siguiendo a Nikken afirmaba que “la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones”. Luego, la interpretación humanitaria, siguiendo a Nikken, la encuentra en el Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que sienta la regla general de interpretación de tales instrumentos internacionales al establecer: “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Es decir, tal como enseñaba Salomoni, “que en el caso de los tratados sobre derechos humanos, deberá estarse siempre por la plena vigencia y protección de tales derechos y, por supuesto, por la ampliación progresiva de los mismos” (Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 453 a 455).

²⁷ Problemática que motivó a la Fundación Konrad Adenauer a realizar un Workshop en Derechos Humanos, del que tuve el honor de participar junto con otros Colegas, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 8 de mayo de 2012, denominado: “Estrategias para la implementación del sistema interamericano de derechos humanos por los operadores jurídicos”. En dicha oportunidad se discutieron los borradores del proyecto de comentario a los Artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo documento de trabajo y sentencias allí tratadas constituyen la base del análisis que seguidamente se realiza.

derechos humanos, todo lo cual no debiera ser otra cosa que la búsqueda de la aplicación armónica del derecho vigente²⁸. Búsqueda que, por lo demás, lleva en nuestro derecho más de dos décadas²⁹ y recién dentro del último lustro pareciera haber comenzado a cristalizar alguna de sus ratios merced a los esfuerzos de la judicatura y la doctrina especializada³⁰.

IV.1. Internalización de los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa. Superación de las dificultades

Es un dato de la realidad que en mi país, si bien se registran avances significativos en la materia, aún no se han logrado condiciones adecuadas y plenas de operatividad, *ad-intra* Administración, de los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos –especialmente los relativos al debido proceso y el “derecho a las garantías”, específicamente consagrado en las cláusulas 8° y 25³¹.

Los derechos humanos aún no se han integrado plenamente a la “cultura de la Administración” argentina, la praxis administrativa de mi país dista de encontrarse familiarizada con la nueva racionalidad puesto que aún no ha sido internalizada como “buena” por sus

²⁸ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del sistema interamericano de derechos humanos”, en AA. VV., *Diritti Interni, Diritto Comunitario e Principi Sovranazionali, Profili Amministrativistici*, a cura de Vera Parisio, Milano, Giuffrè Editore, 2009, pp. 151-177.

²⁹ Corono mi recuerdo al Profesor Salomoni recreando su trabajo inédito de 1988 –que tantas veces mencionaba– en coautoría con las Profesoras Ana María Bezzi y Ernestina Frascheri, titulado: “La Convención Americana de los Derechos Humanos y la Legitimación Procesal en el Contencioso Administrativo”, por él citado en la nota 59 de la página 454 de su *Teoría General de los Servicios Públicos*, *op. cit.* Cuadra también remitir a: AA. VV., Gordillo, Agustín –Coordinador, *Derechos Humanos*, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 1990.

³⁰ Ver: Ver: Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009 especialmente su Cap. V “Aplicación en los ámbitos internos” y AA. VV., Albanese, Susana – Coordinadora, *El Control de Convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, en especial los capítulos siguientes: Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” (pp. 13 a 47) y Flax, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo” (pp. 47 a 63). Específicamente, reconocía el autor en 2008: “No obstante encontrarse en un todo de acuerdo la doctrina, la jurisprudencia y las diversas legislaciones americanas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debió [en 2007] fijar posiciones sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, estableciendo la obligación de éstos de contar con reglas claras en cuanto al accionar de los agentes administrativos y políticos a fin de evitar márgenes de discrecionalidad que puedan fomentar prácticas arbitrarias y discriminatorias. Asimismo, fijó estándares a ser aplicados en el procedimiento administrativo, tales como el derecho a una revisión judicial amplia y suficiente, la aplicación del plazo razonable en las decisiones administrativas, la publicidad del actuar de la Administración y a contar con asistencia legal” y remata su trabajo el Profesor Gregorio Flax señalando que “todo funcionario público, sea éste de carrera o político, debe adecuar su accionar tanto a lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como a las sentencias de la Corte IDH y a las recomendaciones de la CIDH so pena de hacer caer al Estado en responsabilidad internacional por violación de las mismas” (Flax, Gregorio, trabajo citado, pp. 48, 62).

³¹ Situación que fue discutida en el Workshop, “Estrategias para la implementación del sistema interamericano de derechos humanos por los operadores jurídicos”, organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 8 de mayo de 2012 junto con la Fundación Konrad Adenauer.

operadores, para quienes la operatividad y sistematicidad de los derechos humanos fungiría en un estrato tan superior que por tal motivo resultaría –aún hoy– absolutamente ajena a la cotidianeidad de los “trámites” administrativos en cuyo ámbito el reglamento frecuentemente escindido de sus bases legales y constitucionales –sus “instructivos”, sus “aplicativos” y hasta los modelos estandarizados de informes, dictámenes, actos y contestaciones de demandas judiciales en lo contencioso administrativo– resulta soberano y deviene como único instrumento dotado de auténtica operatividad en el seno de la oficina pública.

En este escenario, los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa argentina son aún incomprendidos pues su utilidad y herramientas de aplicabilidad concreta en la Administración todavía no son objeto de adecuada concientización y capacitación *in situ*. El cuadro se agrava por la ancestral pervivencia de un más que significativo cúmulo normativo y reglamentario ciertamente vetusto. Todo ello configura una situación de “ajenidad”: al operador le resulta absolutamente ajeno tanto los específicos usos del lenguaje en materia de derechos humanos, cuanto las categorías, estándares, reglas y procedimientos mediante los cuales debiera operar el sistema. A casi veinte años de la reforma constitucional, la internalización de los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa, sigue siendo una tarea pendiente.

IV.1.1. Quid de la aplicación al procedimiento administrativo de los estándares establecidos por la Corte Interamericana respecto a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

Así diré que, en primer lugar, es central tomar en especial consideración que tanto la Comisión cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó que las llamadas “debidas garantías” (que conforman el “derecho a las garantías” generales contempladas en el Artículo 8º de la Convención) se aplican a “toda materia que concierna a la determinación de los derechos y obligaciones”, inclusive en el campo de las Administraciones públicas y, por ende, en este tipo de materias el individuo tiene derecho al debido proceso que se aplica en materia penal³².

De manera que, “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, incluida la autoridad administrativa, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”³³.

³² Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, parr. 28. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”. Fondo. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

³³ Corte IDH (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 1º de julio de 2011. Caso “Chocrón–Chocrón vs. Venezuela”, párrafo 115. Corte IDH, “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”. Sentencia del 13 de octubre de 2011, párrafos 118, 119.

Y de acuerdo con la Corte IDH el derecho a ser oído comprende dos ámbitos, el formal y el material. El ámbito formal o procesal del derecho implica “asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales”. Por su parte, el ámbito material del derecho a ser oído supone “que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”, enfatizando así la obligación expresa de expedirse ya que para la Corte “esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se deba garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”³⁴. Pues bien, recreados estos estándares corresponde adentrarse a sus especificaciones en el marco de los criterios sentados por la Corte Interamericana.

IV.2. El derecho al plazo razonable. La obligación estatal de obrar de forma diligente

Presentado lo anterior, reconocida la inexcusable obligación de expedirse como correlato del derecho a ser oído, en múltiples oportunidades la Corte IDH reconoció que ese derecho a la decisión solo se cumple si el pronunciamiento se dicta “en plazo razonable”³⁵, rematando con que “una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías” y especificándose en la Sentencia del caso “Torres Millacura” que además del plazo razonable se exige al órgano estatal obrar de “forma diligente”³⁶. Esto es de capital importancia pues para la Corte IDH no solo el órgano estatal tiene, primero, inexcusable obligación de expedirse siempre y además, segundo, tiene la obligación de pronunciarse dentro de plazo razonable, sino que a partir de esta Sentencia –paradójicamente dictada contra nuestro país– se termina de asentar un tercer requisito: la obligación procesal del Estado, insisto, de obrar de “forma diligente”.

³⁴ Corte IDH, “Barbani Duarte”, citado, párrafos: 121, 122. El análisis de este caso es de importancia en nuestra especialidad por su característica proyección en el ámbito del procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo, especialmente los alcances de la garantía del debido proceso. La Corte declaró a Uruguay responsable internacionalmente por haber violado: a) el ámbito material del derecho a ser oído de 539 personas que interpusieron peticiones ante el Banco Central para la determinación de los derechos otorgados a través del Artículo 31 de la Ley N° 17.613, debido a que dicho órgano realizó un examen incompleto del fondo de las peticiones de manera que el procedimiento administrativo especial a cargo de dicho banco resultó inefectivo; b) el derecho a un tratamiento sin discriminación, en relación con el derecho a la garantía procesal de una debida motivación, en perjuicio de Alicia Barbani Duarte y Jorge Marenales, respecto de sus peticiones ante el Banco Central, y c) el derecho a la protección judicial en perjuicio de doce personas en relación con las acciones de nulidad que interpusieron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debido a que ese tribunal incurrió en un examen incompleto de tales acciones.

³⁵ Corte IDH, “Suárez Rosero vs. Ecuador”, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 73; “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia del 12 de agosto de 2008, párrafo 148, “Salvador Chiriboga vs. Ecuador-Excepción preliminar”, Sentencia del 6 de mayo de 2008, párrafo 59.

³⁶ Corte IDH, “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, Sentencia del 21 de junio de 2002, párrafo 145; “López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia del 1° de febrero de 2006, párrafo 128; “Torres Millacura vs. Argentina”, Sentencia del 26 de noviembre de 2011, párrafo 116. Me siento en la obligación moral de recrear brevemente sus hechos determinantes por exteriorizar prácticas de violencia de fuerzas de seguridad

Sin dudas, estos tres estándares concurren a reconfigurar al instituto del silencio y su denegatoria ficta cuyas bases de legitimidad a las claras ya se encuentran erosionadas. El estándar procedimiento o forma diligente debiera afianzar la regla de certeza respecto de su duración al evitar que la técnica de la denegatoria ficta siga operando como un modo de permitir continuar el procedimiento indefinidamente—obrar en absoluto diligente—más que de concluir los trámites³⁷.

IV.2.1. Estándares de valoración de la obligación estatal de expedirse dentro de plazo razonable

La Corte IDH, además de los reconocimientos anteriores, estableció los siguientes estándares generales y especiales de valoración de la obligación de expedirse dentro de “plazo razonable” para cada caso concreto, en estos términos:

En primer lugar, en cuanto al estándar general, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Guichon v. France”, la Corte estableció que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta resolución definitiva y firme en el asunto con la cual se agota la vía³⁸.

En segundo término, respecto de los estándares especiales, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Motta y Ruiz Mateos vs. Spain”, la Corte IDH dijo que “en la determinación de la razonabilidad del plazo en la que se desarrolla un proceso, se deben considerar cuatro elementos: 1º) la complejidad del asunto; 2º) la actividad procesal o procedimental del interesado, su impulso; 3º) la conducta de las autoridades; 4º) la afectación generada por la duración del procedimiento

provinciales y encubrimiento en la investigación en el período reciente: El 18 de abril de 2010 la Comisión Interamericana demandó a nuestro país por la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de Iván Eladio Torres Millacura y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares. El Tribunal consideró que el Estado admitió que el 26 de septiembre de 2003 el señor Torres Millacura fue detenido por policías de Comodoro Rivadavia y trasladado a la Comisaría Seccional Primera de esa ciudad. Esta detención no fue registrada en el parte diario policial correspondiente. Posteriormente, en el mismo mes de septiembre de 2003, el señor Torres Millacura fue detenido por policías de Comodoro Rivadavia y llevado al lugar conocido como “Km. 8”, en el cual fue despojado de su ropa y zapatos, y golpeado, luego de lo cual los mencionados policías le advirtieron que debía correr para salvar su vida, y procedieron a dispararle mientras éste se tiraba a los matorrales para refugiarse de los balazos. Finalmente, el 2 de octubre de 2003 fue detenido en una plaza pública y luego fue visto en la Comisaría Seccional Primera de Comodoro Rivadavia, lugar en donde, según dos testigos, fue agredido por varios policías. Desde esta fecha el paradero del señor Torres Millacura es desconocido (cfr. párrs. 65-67, 87). En concreto, nuestro país reconoció que “las investigaciones impulsadas por la rama judicial del Estado mostraron indicios de manipulación en la recaudación de la prueba, obstrucción de justicia y retardo procesal” (párr. 110), por lo cual el Tribunal concluyó que la investigación no fue llevada a cabo de forma diligente y dentro de un plazo razonable, motivo por el cual se resolvió que el Estado violó los derechos establecidos en los Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (cfr. párrafo 139).

³⁷ Ver Gordillo, Agustín, *Tratado...*, op. cit., T. IV, p. VIII-39, punto 14.2. “El premio de los que vigilan”.

³⁸ Corte IDH, “Suárez Rosero” cit., párrafo 71; “Bayarri vs. República Argentina”, Sentencia del 30 de octubre de 2008, párrafo 105, “Valle Jaramillo”, párrafo 154, “Heliodoro Portugal”, cit., párrafo 148.

en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo”³⁹. Veamos cada uno de los cuatro estándares especiales.

Primero, en cuanto a la complejidad del asunto, la Corte IDH se refirió a “la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas”, “el número importante de incidentes e instancias”⁴⁰, “si el asunto comprende debates técnicos complejos”⁴¹.

Segundo, respecto a la actividad procesal del interesado, la CIDH dijo que “se deben evaluar los comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación” enfatizando que “si la conducta procesal del propio interesado ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre el plazo razonable”⁴². La Corte IDH procura sentar pautas para determinar si el interesado entorpeció la tramitación o si hubo desinterés.

Tercero, respecto a la conducta de las autoridades, “se evalúan los comportamientos que por acción u omisión inciden en la prolongación de la actuación”⁴³ [...] así como todos aquellos procesos o procedimientos no judiciales que de alguna manera inciden en la causa y que pueden dejar entrever el comportamiento de las autoridades públicas”⁴⁴.

Cuarto, en lo concerniente a la afectación generada por la duración del proceso en la situación de la persona involucrada, la Corte IDH señaló que se requiere determinar en el caso concreto “si el paso del tiempo incidió de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”, para lo cual es central “tomar en consideración la materia objeto de la controversia”⁴⁵.

No obstante, la Corte IDH se encargó de enfatizar que todo lo anterior se modula por intermedio de la valoración de “las circunstancias particulares”⁴⁶. Ello implica que, siempre, por sobre los cuatro estándares especiales: “El deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”⁴⁷, todo lo cual debe encontrarse debidamente ponderado y motivado.

³⁹ Corte IDH, “Suarez Rosero”, párrafo 72, “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 77. El último elemento fue incluido en 2008 en el caso “Valle Jaramillo vs. Colombia”.

⁴⁰ Corte IDH, “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 78.

⁴¹ “López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia del 1º de septiembre de 2011, párrafos 163 y 176.

⁴² Corte IDH, “Cantos vs. Argentina”, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párrafo 57, citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Guichon v. France*, *Stoidis v. Greece* y *Glaser v. the United Kingdom*. Así, la Corte evaluó si el interesado entorpeció o no la tramitación o si hubo desinterés de su parte, si se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación del país, entre otros.

⁴³ Corte IDH, “Cantos vs. Argentina”, párrafo 57.

⁴⁴ Corte IDH, “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, Sentencia del 7 de junio de 2003, párrafo 131.

⁴⁵ Corte IDH, “Valle Jaramillo”, citado, párrafo 155.

⁴⁶ Corte IDH, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia del 31 de enero de 2006, párrafo 171; “García Asto y Ramírez Rojas”, Sentencia del 25 de noviembre de 2005, párrafo 167; “Anzualdo Castro vs. Perú”, 22 de septiembre de 2009, párrafo 156.

⁴⁷ Corte IDH, “Suarez Rosero”, cit., párrafo 74 y “Juan Humberto Sánchez”, cit., párrafo 130.

Lo interesante es la inversión de la carga probatoria del estándar anterior porque la Corte IDH ha establecido que “siempre corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable” de suerte que si no lo demuestra la Corte IDH “tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación”⁴⁸.

Este señalamiento reviste importancia porque traduce una verdadera finalidad tuitiva que, seguramente, operará subsecuentes reconfiguraciones en los órdenes internos, ya que tal criterio no se verifica en los ordenamientos de procedimientos administrativos. Ello es así porque el criterio sentado por la Corte invierte la orientación general de las leyes de procedimientos administrativos y su subsecuente interpretación jurisprudencial que inscribiéndose mayoritariamente dentro de ratios restrictivas hacen cargar –las más de las veces– al particular con el peso de demostrar, por caso, el exacto incumplimiento de la Administración, la existencia de la norma exacta que se reputa inobservada, más la verificación de demora administrativa, más el perjuicio que concretamente ello irroge al particular, etc.

IV.2.2. La obligación de pronunciarse y su vinculación con el derecho a la decisión motivada

A mayor abundamiento, cabe agregar que la extensión brindada por la Corte IDH al derecho a la decisión motivada también impacta sobre el silencio y especialmente sobre su denegatoria tácita, pues su finalidad democratizadora concurre a erosionar la escasa legitimidad del silencio y su denegatoria tácita. Así, la Corte exige que toda decisión – además de dictada dentro de plazo razonable y como resultado de un obrar diligente– sea debidamente motivada, pues: “La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, de manera que otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”⁴⁹. Claramente: autoridad en sociedad democrática produce decisiones motivadas; estructuras dictatoriales se expresan mediante arbitrariedad, sigilo, silencio, denegatoria tácita, igual a decir que el Estado no necesita pronunciarse, simplemente porque no necesita ni exteriorizar su decisión para imponer su voluntad.

Adviértase que en la misma línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Hadjianastassiou v. Greece”, la Corte IDH señaló que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁵⁰, ya que

⁴⁸ Corte IDH, en los casos citados: “Hilaire”, párrafo 145; “Anzualdo”, párrafo 156; “Radilla Pacheco”, párrafo 244; “López Mendoza”, párrafo 162. Y asimismo en: “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, Sentencia del 24 de noviembre de 2012, párrafo 219.

⁴⁹ Corte IDH, caso citado: “López Mendoza”, párrafo 141 y “Apitz Barbera vs. Venezuela”, Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 77.

⁵⁰ Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua”, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 152 y 153; “Tristán Donoso vs. Panamá”, Sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 153.

la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Además, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores⁵¹. Sin embargo, la Corte ha sido clara al establecer un parámetro valorativo de los alcances de tal exigencia al señalar: “[...] el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha”⁵².

En consecuencia, “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión”, de manera clara y expresa, “a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”⁵³. Por su parte, en el ámbito disciplinario se vuelve “imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad”⁵⁴.

IV.2.3. La efectividad

Cuadra introducir una breve reflexión relativa al estándar “efectividad” como pauta valorativa del derecho de defensa.

Así, sentencia la Corte que si mediante el derecho de defensa se “obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”⁵⁵, de ello se sigue que éste implique para la Corte: “[...] que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma *efectiva*”⁵⁶.

Claramente, la efectividad al consistir en la capacidad o aptitud de lograr el efecto esperado: por caso, el pronunciamiento expreso dentro de plazo razonable enmarcado en un procedimiento diligente, así presentada, erosiona aún más las bases de legitimidad de esa nefasta válvula de escape que es para la Administración la denegatoria ficta.

⁵¹ Corte IDH, casos citados: “Apitz”, párrafo 78; “Chocrón”, párrafo 118, “López Mendoza”, párrafos 141 y 148.

⁵² Corte IDH, casos citados: “Apitz”, párrafo 90, “López Mendoza”, párrafo 146.

⁵³ Corte IDH, “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 122; “Apitz”, párrafo 78, “Chocrón”, párrafo 38; “López Mendoza”, párrafo 141.

⁵⁴ Corte IDH, “Chocrón”, párrafo 120.

⁵⁵ Corte IDH, “Barreto Leiva vs. Venezuela”, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrafo 29 y “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 26 de noviembre 2010, párrafo 154.

⁵⁶ Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión Consultiva OC-16/99, del 1º de octubre de 1999, párrafos 117 y 119; “Hilaire Constantine”, párrafo 146.

V. Epílogo

Acaso tal como en la actualidad visualizamos el derecho a la buena Administración sea también dable remarcar que, como una de sus exteriorizaciones, la Administración pública tiene siempre el deber de resolver y, en la hermenéutica de la Corte Interamericana recreada hasta aquí, no existe ninguna razón ni justificación ni base de legitimidad alguna que permita explicar por qué, primero, deba el ordenamiento procedimental administrativo interno dispensar la inexcusable obligación administrativa de resolver—al tolerar la actual estructuración del silencio—y, segundo, deba reconocerle efectos negativos. En la ratio de la Corte Interamericana no hay razón alguna de pervivencia del instituto de la denegatoria ficta en sus actuales condiciones de operatividad.

Propongo al lector—avezado operador administrativo—, por un instante, figurarse el escenario normativo inverso al actual. Piénsese con criterio eminentemente práctico: ¿qué sucedería si el silencio opuesto a peticiones que requirieran pronunciamiento concreto se interpretara por la positiva? Sé que usted sonreirá socarronamente y me dirá: la Administración resolvería siempre. Eso sí, superaríamos esta discusión pero profundizaríamos la otra, más profunda, de fondo, alambicada y acaso irresoluble, la de la búsqueda de los incentivos orientados a la decisión razonada, proporcional y razonable. Pero sin dudas, implicaría un paso adelante en la discusión por el afianzamiento de nuevos contornos del “derecho a la buena Administración”.

Entonces, me pregunto:

Primero: ¿Hasta qué punto no les asiste alguna razón a aquellos autores que denuncian las funestas consecuencias acarreadas por la cada vez más acentuada existencia de dos derechos administrativos? ¿Cómo deconstruir este fenómeno distorsivo que encuentra al derecho de petición tomado como rehén del silencio? ¿Cuáles son los términos y componentes de este divorcio entre realidad y norma en materia de petición y silencio? ¿Dónde radica el déficit?

Segundo: ¿Por qué no preguntarnos—y desde dónde hacerlo— por la racionalidad de los incentivos negativos normativos perviventes en el régimen del silencio para así determinar hasta qué grado subsisten las razones que le dieron origen? ¿Cómo se produce esta dicotomía praxis-mitos? ¿Por qué se produce el déficit?

Y todo lo anterior para determinar, tercero: ¿Cuáles términos del intercambio petición-decisión debieran reconfigurarse para intentar una vía de superación de la acentuada disociación entre realidad administrativa y mito normativo que embarga al régimen del derecho de petición? ¿Cuáles funcionarían como los nuevos factores correctivos—siempre provisionales—? ¿Cuál sería la hermenéutica más adecuada para superar el marcado divorcio entre realidad y norma en materia de petición y silencio y si debo buscarla o puedo encontrarla dentro o fuera del sistema? ¿Cómo se supera el déficit?

En gran medida, tengo para mí que en las actuales condiciones de operatividad del silencio y su denegatoria ficta “el procedimiento administrativo, al igual que un viejo soldado, no muere [...] sino que sólo se pierde o desdibuja en el tiempo”, motivo por el cual “el orden

jurídico debe, al fin de cuentas, inclinarse por el debate y la resolución expresa de los cuestionamientos a la validez de actos administrativos y no por el silencio de los administrados⁵⁷.

Finalmente, como mi trabajo ha procurado inscribirse en ese convencimiento planteado por Zagrebelsky de que el terreno de la democracia es el de las *res dubiae*, es decir, de las cuestiones que pueden ser legítimamente decididas de más de un modo⁵⁸ y, por ello, como por intermedio de mis palabras solo pretendo tímidamente moverlos a indagar algunas pocas racionalidades encriptadas en la dialéctica relación entre el *mitos* “petición y silencio” y la *praxis* “persuasión y sigilo”, concluiré entonces este breve desahogo profiriéndoles una provocación y junto con Bertolt Brecht les diré: “¡Loada sea la duda! Les aconsejo que saluden serenamente y con respeto a aquel que toma la palabra de ustedes como una moneda falsa. [...] La más hermosa de todas las dudas es cuando los débiles y desalentados levantan su cabeza y dejan de creer en la fuerza de sus opresores. [...] Tú, que eres un dirigente, no olvides que lo eres porque has dudado de tus dirigentes. Permite, por lo tanto, a tus dirigidos, dudar”.

⁵⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. 4, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012, pp. VIII-40 y 41.

⁵⁸ “[...] la duda no es en absoluto contraria a la verdad. En cierto sentido, implica su afirmación un homenaje a la verdad. Es incontestable que sólo quien cree en la verdad puede dudar; incluso, dudar sobre la propia verdad [...] De hecho, la duda –al contrario que el escepticismo radical– presupone que las cosas humanas son aferrables; al mismo tiempo, la duda presupone también la inseguridad de haberlas aferrado verdaderamente, es decir, la conciencia del carácter no necesariamente falible o jamás completamente perfecto del conocimiento humano. En resumen, la conciencia de que la profundidad de las cosas no es insondable pero sí inagotable. Por lo tanto, de nuestro conocimiento debe decirse no que es falaz o imposible, sino siempre y necesariamente superficial”. (Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 9, 137 y 139).

SOBRE LA NECESIDAD DE INTEGRAR LAS PREVISIONES DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ADOPTADAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES A SU PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL RÉGIMEN VIGENTE

I. Introducción

A casi dos décadas de su entrada en vigencia¹, el régimen de procedimientos administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires goza de un predicamento y aprobación generalizados y extendidos a casi todos los ámbitos públicos de aplicación, inclusive dentro de los sectores más reacios a aceptar su vigencia. Contiene suficientes fortalezas, principalmente afincadas en su mayor unidad respecto del régimen nacional, optimizadas por su integración complementaria a la estructura y orientación general del Código Contencioso Administrativo local, la adopción de varias previsiones en las que se traduce la inscripción del régimen local dentro de las modernas tendencias en materia procesal administrativa y coronado, todo ello, en una labor interpretativa muy satisfactoria acometida por la Judicatura especializada mediante el trazado de lineamientos jurisprudenciales muy novedosos, tanto

¹ El procedimiento administrativo local reconoce su norma principal en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/1997, modificado por el Decreto N° 1.572/1997, ratificados ambos por Resolución legislativa N° 41 del 7 de abril de 1998. Como sabemos, la norma es tributaria de la reforma constitucional nacional de 1994 que atribuyó un nuevo estatus jurídico político a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, invistiéndola de un gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, según lo previsto en el Artículo 129 de la Constitución Nacional. Desde allí se previó la sanción de disposiciones de carácter procedimental (cfr. Petrella, Alejandra, en AA. VV., *Procedimiento Administrativo, Procedimientos Administrativos en las Provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislación - Comentarios*, Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar; Juan Lima, Fernando; Canosa, Armando –Directores–, Cap. VI “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, T. V, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 247 y sigs.).

en materia de concreción de los derechos fundamentales cuanto en el afianzamiento de la fuerza expansiva de sus ratios normativas de fondo y de forma². Ciertamente, un sistema que luce moderno y nos permite apreciar, con razonable claridad, el intento de evolución del anterior modelo de control restringido y de carácter eminentemente revisor de actos, a un esquema de control amplio centrado en la tutela administrativa y judicial de derechos³. Por este motivo identificaré al menos cinco órdenes de fortalezas.

Sin embargo, en mi opinión, la norma vigente trasluce una marcada inadecuación respecto de las concretas previsiones de su plexo constitucional, de marcado carácter “democrático-deliberativo-participativo”, porque el procedimiento administrativo local no fue pensado como una derivación razonada de aquél modelo constitucional sino tan sólo como una simple actualización del régimen nacional de procedimientos administrativos de 1972 a alguno de sus principales lineamientos jurisprudenciales vigentes a 1997. Nada más. Resultó así impuesto como una simple extrapolación del régimen nacional al ordenamiento de la Ciudad en bloque⁴, sin debate ni discusión alguna⁵ y paradójicamente instrumentado por decreto de necesidad y urgencia, luego ratificado por ley formal.

²La explicación y el reconocimiento al notable desarrollo evidenciado tanto en el Código Contencioso Administrativo local cuanto en los modernos trazos jurisprudenciales de la Judicatura porteña se advierten con meridiana claridad desde la primera edición de esa obra ya célebre del derecho procesal porteño a la que me remito *in totum*: AA. VV., Balbín, Carlos –Director–, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003.

³Ampliar en: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 117 y sigs. y 197 y sigs. Merecen muy especial consideración las reflexiones de la Profesora Ivanega en torno al impacto de la ética pública y los instrumentos de lucha contra la corrupción sobre las normas troncales del derecho administrativo contemporáneo. En gran medida, el núcleo de mi trabajo, al propiciar la efectividad de los postulados democrático-deliberativo-participativos, procura inscribirse dentro del pensamiento de la autora, quien nos enseña: “La transparencia pública, a nuestro entender, refleja el valor de la verdad y, por ello, frente al despilfarro y al nepotismo debe ser exigible tanto a los funcionarios públicos como a los individuos que desde el ámbito privado interactúen con ella. Ese principio ha de ser impuesto tanto en la determinación de las políticas públicas, como en la gestión y en el control, éste en todas sus versiones” (obra y autora citada, p. 79). También ampliar en: García Pullés, Fernando, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004, pp. 16 a 18, 93 a 102 y especialmente en pp. 329 y sigs.

⁴El considerando 3º del decreto es elocuente al decir: “[...] resulta conveniente que el procedimiento administrativo local objeto de regulación se rija, en cuanto fuera posible, por el mayor número de normas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, junto a sus disposiciones reglamentarias, con el propósito de que coexistan naturalmente y sin colisiones esenciales, dos regímenes análogos en el mismo ámbito territorial”. A nadie se le escapa que tal régimen vigente podía haber resultado enormemente enriquecido sin contradicciones mediante la especificación de derechos y potestades por intermedio de la incorporación de los mayores recaudos de fundamentación y desarrollo de más amplios canales de participación e intervención, tal como postula modélicamente el diseño democrático-deliberativo-participativo plasmado en la Constitución local.

⁵El considerando 4º del decreto, en su primera parte, es elocuente al revelar: “[...] es voluntad y decisión del Gobierno de la Ciudad disponer de un cuerpo normativo [...]”. Claramente reconoce que el régimen fue impuesto por resorte exclusivo del Poder Ejecutivo.

Así las cosas, la norma dictada se exhibe carente de legitimidad sustantiva por encontrarse, ya desde su mecánica misma de emisión, desconectada y escindida de los valores, principios y reglas de la Constitución local, de corte –insisto– “democrático-deliberativo-participativo”, los cuales requieren que toda formulación de políticas públicas, emisión de programas generales de gobierno o dictado de normas troncales sea el resultado del más amplio debate posible comprensivo de la consideración de la mayor cantidad de posiciones existentes y no tan sólo del escrutinio de mayorías, rasgo propio del anterior modelo constitucional democrático representativo –en aquel momento y–, ahora en un intento de tránsito pretense hacia una racionalidad constitucional de apertura dadas dos veces de bruce con el dictado de esta norma. Primero, porque fue aprobada a puertas cerradas y sin ningún debate previo y, segundo, porque no tradujo ninguna incorporación, modificación y adecuación a los principales institutos que la democracia-deliberativa-participativa prevé integrar al procedimiento administrativo para su mayor apertura y mejor justificación concreta de sus actos. Debíó ser orientada así a intentar remover los clásicos conos de sombra del poder refugiados tras aquellas oscuramente inveteradas e intangibles columnas de la *potestas* y el *imperium* funestamente legitimantes del sempiterno poder absoluto, respecto de las cuales nos iluminaban las *Institutas* de Gaius en tanto inspiradoras de la Lex de Imperio Vespasiani del año 69 dC⁶.

La desvinculación así denunciada, entre la norma de procedimientos administrativos y su plexo valorativo superior, hiere muy dolorosamente, por inexplicable, ya que tales altos postulados democrático-deliberativo-participativos, paradójicamente, provinieron de esa especial concepción filosófico política que inspiró al pacto de olivos, esa particular corriente que posibilitó la reforma constitucional de 1994, enmarcando esa innovadora inspiración aperturista en la que se levantaron las columnas de autonomización constitucional de la Capital de 1996. Hieren, como digo, porque esa especial concepción se reconduce en última instancia al genial pensamiento de ese enorme jurista que fue Carlos Nino, cuyo pensamiento, obra y acción iluminó a los principales actores de la reforma.

Toda esa riqueza, frescura de pensamiento y apertura intelectual inscripta dentro de modernísimas corrientes filosóficas no ha logrado impregnar a una norma tan troncal como el procedimiento administrativo y sólo se sostienen por los cotidianos esfuerzos personales de muchos Jueces del fuero Contencioso Administrativo local que fungen como auténticos reordenadores del sistema.

En cambio, la Ciudad sólo logró un régimen que emergió como un compartimento estanco de exclusivo blindaje de una razón cínica del poder: como única fuente de razón. Como si el procedimiento administrativo se tratara de un sistema cerrado de principios y fuentes universales extrapolables a cualquier contexto temporal y espacial, sin modulaciones

⁶ Ampliar en: Giannini, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Madrid, MAP, 1991, pp. 42 y sigs. y *Gaius Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, La Plata, Ed. Librería Jurídica, 1967, pp. 8 y 9.

y afincado en aquella *potestas* y aquel *imperium*, funestamente omnipresentes a *fuer* de rémora, otrora, del poder imperial y, más cercano, de los gobiernos totalitarios que azolaron el siglo XX. Como si se tratara de un sistema de libre disponibilidad y adopción por parte de un poder emisor no condicionado por mandato superior alguno. Como si no existiera relación lógico-jurídica ni adecuación a fuentes de jerarquía normativa superior entre la ley de procedimiento administrativo y el plexo constitucional.

Esta disfuncionalidad solo aventada, en muchos casos puntuales, por los denodados esfuerzos de una Judicatura porteña verdaderamente reordenadora del sistema, enmarca las debilidades que he encontrado y que, junto a sus también fortalezas, constituirán las reflexiones que compartiré.

II. Algunas fortalezas del procedimiento administrativo local

La norma local, de 1997, reviste—claramente—una mayor sistematicidad que la nacional, sancionada veinticinco años antes, en 1972. En tanto régimen cerrado, esta nueva ley luce en sí misma más compacta y, debido al importante pragmatismo que se exterioriza en su sencillez, en su mayor certeza y coherencia y en el hecho de encontrarse ensamblada a un ordenamiento procesal judicial de formación integral—bajo la identidad de principios jurídico-rectores de marcada orientación tuitiva de la tutela efectiva—irrumpió como una norma mucho más evolucionada. Todo ello demuestra la intención de inscribir el derecho de la ciudad dentro de las modernas corrientes procesales.

II.1. Primera fortaleza: la utilización del criterio mixto de atribución de funciones

Muchos de los objetivos trazados en sus fundamentos se encuentran reflejados en, por de pronto, sus innovadores Artículos 1° y 2°, orientados a someter, prácticamente, todo el quehacer público local al imperio de la ley por intermedio de la plasmación normativa del criterio mixto de atribución de funciones administrativas. Este primer dato es de suma importancia en la reciente historia institucional de los porteños y constituye, en mi opinión, su *primera fortaleza*. Es que tal como ilustraban sus autores en la exposición de fundamentos de la ley, su “objeto esencial se centró en la idea de compatibilizar la traducción formal del comportamiento de las autoridades administrativas hacia la búsqueda de la legalidad [...] dentro de la actual y caótica dispersión normativa y hasta anomia imperante en la materia”. Por ello, los redactores del anteproyecto fueron muy enfáticos y categóricos en la presentación de sus razones al denunciar la “situación verdaderamente caótica con que han debido enfrentarse las autoridades del Gobierno de la Ciudad, en particular, en lo relativo al cumplimiento de los plazos virtualmente ignorados por parte de los órganos llamados a cumplirlos”.

Más allá del natural y comprensible apasionamiento frente al hito institucional, lo cierto es que—acaso—, de alguna manera, se verificaban en aquel entonces en grado plausible, como se insiste en sus fundamentos, algunas situaciones de “deficiencias y oscuridades” en materia de procedimiento administrativo local, que fue necesario atender “dentro de la

actual y caótica dispersión normativa, y hasta anomia imperante en la materia”⁷, tal como reconocían los considerandos del régimen desarrollado en el mentado Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510 de 1997. Y así se logró muy satisfactoriamente aunque acudiendo al modelo del régimen nacional⁸.

II.2. Segunda fortaleza: la adopción de la sistemática del régimen nacional

Su *segunda fortaleza* radica en la obtención de una mayor sistematicidad lograda mediante la adopción de las principales previsiones estructurales de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación—considerada como su modelo, con la salvedad de determinadas diferencias significativas⁹—dentro de un único cuerpo jurídico

⁷ Ver párrafo tercero de los “Fundamentos” de la norma local y su explicitación en los señalamientos contenidos en los párrafos primero a tercero del punto IV de los “Fundamentos”, al calificar: “[...] la situación verdaderamente caótica con que han debido enfrentarse las autoridades del Gobierno de la Ciudad [...] Déficit señalado que, lejos de sorprender, debe enmarcarse en una situación de verdadera anomia de derecho público que afecta a la Ciudad de Buenos Aires, como quiera que se atiende al régimen de sus instituciones, a sus órganos de gobierno, actos y contratos e incluso a todo aquello relativo al pretendido estatus de su personal [...] así como en las demás relaciones jurídicas vinculantes con otras entidades públicas y privadas” (tercer párrafo del punto IV).

⁸ Si bien tales indeterminaciones y oscuridades apuntadas en los considerandos de la norma de 1997 se referían a los déficits normativos del anterior régimen municipal de procedimiento administrativo, la problemática se enmarca dentro de una dimensión superior. Es que tal como señala Petrella al explicar el contexto dentro del cual se inscribió la historia reciente del surgimiento de las normas fundantes del derecho público de la novel Ciudad Autónoma dijo: “La Ciudad de Buenos Aires [...] ha sido desde los confines de su historia un distrito conflictivo tanto para los políticos como para los juristas. Para los primeros, es objeto de disputas permanentes por su enorme valor electoral, mientras que para los segundos, la cuestión de interés estriba en la naturaleza jurídica que la comprende. Así las cosas, previo a la reforma constitucional de 1994, para la Constitución de 1853, la entonces Municipalidad de la Ciudad era un municipio de naturaleza autárquica [...] en ese entonces existían limitaciones constitucionales que impedían considerar a Buenos Aires una ciudad dotada de autonomía, las cuales fueron finalmente superadas luego de la citada reforma, con la incorporación del Art. 129 al texto constitucional y la consagración autonómica de la Ciudad de Buenos Aires en lo que atañe a su gobierno, legislación y jurisdicción. El desafío interpretativo a partir de ese entonces ha consistido en determinar qué significa ello y bajo qué categoría institucional es susceptible de ser enmarcada la Ciudad Autónoma [...]”. En lo expresamente vinculado con la cuestión del procedimiento administrativo, señaló la autora: “[...] sin perjuicio de no encontrarse aún integrado el cuerpo legislativo porteño y en virtud de las prescripciones del cuerpo constitucional local, el entonces Jefe de Gobierno procedió a la sanción de una normativa de procedimiento administrativo en espejo con la existente en el ámbito nacional [...]” (obra y autora citada, p. 127).

⁹ Como explica Balbín: “[...] si bien en líneas generales la legislación local es sustancialmente similar a la nacional, cabe destacar—básicamente— las siguientes diferencias. En primer lugar, en el ámbito local el principio es el no agotamiento de las vías administrativas. Por un lado, el Artículo 12, inciso 6°, de la Constitución local establece que la Ciudad garantiza ‘el acceso a la justicia de todos sus habitantes’ [...] Por otra parte, el principio pro acción tutela el acceso de las personas al sistema judicial en caso de dudas [...] Por su parte, el Código Procesal local establece el principio del acceso judicial directo sin necesidad de agotar las vías administrativas, salvo los casos de excepción. De modo que aquí el postulado básico es inverso al ámbito federal. Así, en el ordenamiento jurídico de la Ciudad no existe un principio similar al Artículo 30 de la LPA sobre el reclamo administrativo previo [...] Respecto de los actos de alcance general, su impugnación judicial requiere—en forma previa— la interposición de un reclamo en sede administrativa, el cual agota la vía una vez resuelto [...] Sin embargo—aún tratándose de actos administrativos— no es necesario agotar el camino administrativo cuando

en el que se plasmaron las principales técnicas y categorías de la concepción tradicional del acto y el procedimiento administrativo en su versión clásica¹⁰, las cuales, a nivel federal, se encontraban desdobladas en dos instrumentos de distinta jerarquía.

Conscientes de ello y con un neto pragmatismo evidenciado en sus expresiones, los autores del anteproyecto justificaron esta decisión de técnica legislativa de hundir las raíces del nuevo sistema en el viejo modelo (práctica tan frecuente y fuente usual de disfunciones o acaso fuente de disfunciones), al propiciar, según textuales palabras, “reconocer un valioso antecedente de insoslayable consideración, cual es el que proporciona la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”. La apuntada sistematicidad procuraba encontrar, así, sus fundamentos de legitimidad en la invocación de “razones prácticas [...]” que “aconsejan [...] que el procedimiento administrativo local [...] se rijan [...] con el mayor número de disposiciones conocidas y vigentes, de modo de facilitar [...] la convivencia pacífica y armónica de dos textos legales cuyo contenido habrá de regular la misma materia”.

II.3. Tercera fortaleza: la actualización del régimen de 1972 a los principales lineamientos jurisprudenciales vigentes en 1997

Corolario de lo anterior, su *tercera fortaleza* finca en el gran avance práctico que implicó la cristalización, en la ley local, de algunos hitos evolutivos doctrinarios y jurisprudenciales del régimen nacional, alcanzada en el nivel federal hasta ese momento, lo cual fortaleció, de alguna manera, los grados de actualización y certeza¹¹.

Ejemplos de ello, entre otras previsiones, se encuentran en: a) la individualización del supuesto de improcedencia de la avocación, contenida en la última parte de su Artículo 3°;

el acto hubiese sido dictado por la autoridad de rango jerárquico superior y en los casos de ritualismo inútil [...] Por último, ¿es necesario agotar las vías administrativas para reclamar judicialmente la reparación por daños y perjuicios? [...] Es claro que cuando reclamamos daños y perjuicios por hechos ilícitos –en el campo de la responsabilidad extracontractual– no es necesario agotar los caminos administrativos [...] Creemos que en razón de los principios antes detallados y la no incorporación en el Código del principio de agotamiento de las vías administrativas en términos expresos, no es posible extender las excepciones –agotamiento respecto de los actos administrativos– sobre otros supuestos en razón de su carácter restrictivo de los derechos [...] Finalmente, la legislación local no regula el amparo por mora –sin perjuicio de su recepción judicial–” (cfr. Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 685 a 691).

¹⁰ Tal como reconoce la doctrina especializada al explicitar: “[...] la norma local receptó principalmente la normativa nacional en punto a los principios que regulan el procedimiento, los requisitos esenciales del acto administrativo y la interposición de recursos administrativos, Títulos I, III y IV de la LNPA [...] el régimen local, al contar con una normativa específica dedicada al procedimiento administrativo y un código contencioso para regular los aspectos procesales de la materia administrativa, goza de una mejorada técnica legislativa respecto de la existente en el ámbito nacional” (cfr. Petrella, Alejandra, *op. cit.*, pp. 258-259).

¹¹ Como señala Petrella: “[...] la ley local supo plasmar los avances jurisprudenciales en la materia observados en el ámbito nacional”, refiriendo la autora específicamente a las situaciones planteadas en los fallos de la Corte Suprema en los casos “Petracca”, “Serra”, “Construcciones Taddia”, “Cohen”, “Alcantara Díaz Colodrero” y “Nava”, principalmente (cfr. autora y *op. cit.*, p. 260).

b) la aplicación directa del régimen de procedimientos administrativos al ámbito de los contratos, dispuesta en la última parte de su Artículo 7º; c) la especificación de los supuestos de autotutela ejecutoria de su Artículo 12; d) la exclusión del pago de lucro cesante en los supuestos de revocación de actos administrativos por interés público, contemplado en el Artículo 18; e) el régimen de notificaciones en punto a la sanción de nulidad, previsto en su Artículo 64, respecto de las notificaciones defectuosas y f) la expresa prohibición de recurrir la decisión que resuelva una denuncia de ilegitimidad incluida en su Artículo 94, entre otras distinciones principales. La doctrina especializada, citada en este trabajo, ha realizado con objetividad e *in extenso* un pormenorizado tratamiento.

II.4. Cuarta fortaleza: interrelación entre la norma local de procedimientos administrativos y el ordenamiento procesal administrativo local

Como *cuarta fortaleza* cabe reconocer que la apuntada sistematicidad se encuentra reforzada por la interrelación entre las instituciones previstas en la norma local de procedimientos administrativos y su correlativo reflejo en el Código Contencioso local (Ley N° 189), lo cual le confiere, tal como lo reconoce la reciente doctrina especializada, una mejorada técnica legislativa. Ello significa un paso adelante respecto del régimen nacional que aún tiene, como asignatura pendiente, la aprobación de un código procesal administrativo o norma rectora única en la materia necesaria para brindar mayor certeza jurídica y posibilitar una mejor ensambladura entre el procedimiento y el proceso judicial administrativo.

Cabe agregar que, además, ésta interrelación normativa fomentó el desarrollo de una singular identidad del derecho procesal administrativo de la Ciudad, de embrionarios perfiles que principian por el reconocimiento del libre acceso a la justicia, ya que en el ámbito local la regla es el no agotamiento de la vía administrativa, salvo previsión contraria. Como todos sabemos, en el ordenamiento local no existe un principio similar al del Artículo 30 del régimen nacional sobre el reclamo administrativo previo: sabido es que en el ámbito nacional el agotamiento de la vía administrativa resulta inexcusable para acceder a la instancia judicial. Al respecto, tal como explica la doctrina, la situación graficada confiere un verdadero derecho a opción en materia de reclamo previo de una muy significativa entidad. Ello porque, adviértase, aún obteniéndose un pronunciamiento desfavorable, por virtud del principio de tutela judicial y administrativa efectiva y el principio *pro actione*, el particular no se encontraría sometido al fulminante plazo de caducidad de 90 días hábiles para demandar al Estado, siempre, claro está, que se trate de la vía reclamatoria.

La doctrina especializada –encarnada en autores como Carlos Balbín o Alejandra Petrella– explica que los marcados alcances de este derecho a opción en materia de reclamo administrativo encuentran sus raíces dentro del propio Artículo 12, inciso 6º de la Constitución local, al establecer que la Ciudad garantiza “el acceso a la justicia de todos sus habitantes”; principio constitucional de tutela judicial y administrativa efectiva de raigambre supranacional coronado, principalmente, en la especificación de los derechos a las garantías judiciales estructurados principalmente en los Artículos 8º y 25 de la Convención Americana de

Derechos Humanos¹² y que supone garantizar el acceso irrestricto, real, rápido y sencillo ante la judicatura, salvo las expresas restricciones contenidas en norma legal que, en lo sustancial, insisto, solo refieren a la impugnación de actos administrativos, tal como se prevé en el Artículo 3º del Código Contencioso local, según lo reconocen los autores mencionados.

En síntesis, la peculiar interrelación apuntada acentúa sus contornos diferenciados, tanto respecto del régimen nacional cuanto de otros ordenamientos provinciales, dejando en evidencia el umbral de sustantividad propio del derecho público de la Ciudad, fortaleciendo sus niveles de certeza jurídica y ampliando la tutela judicial y administrativa a situaciones, hechos u omisiones que antes no fueron considerados o calificados como causa justiciable. Claramente, en la Ciudad de Buenos Aires se ha operado la superación del antiguo dogma revisor.

II.4.1. *Quid* sobre la endémica concepción adversarial del conflicto y del rol del abogado

En mi opinión, no obstante la interdependencia apuntada, se verifica una consecuente debilidad que aqueja al proceso judicial y, por ende, al procedimiento administrativo en tanto tributario de su estructura y sus técnicas. Se trata de un déficit propio de nuestra cultura jurídica que se encuentra ínsita en la cosmovisión del proceso judicial y que afecta al procedimiento administrativo conspirando contra su finalidad aglutinadora de intereses y la efectividad del principio de colaboración¹³. Esto se debe a que el procedimiento administrativo fue estructurado con las mismas técnicas de defensa y contradicción propias del proceso judicial¹⁴—las que adoptó casi sin cortapisas—, no obstante declamarse su distinción por un objeto y finalidad afincados en la inveterada postulación de que mientras éste procura aunar los intereses particulares con el interés público mediante la puesta en acto del principio de colaboración¹⁵, aquél presupone una contienda con pretensiones delimitadas por partes debidamente apersonadas ante un tercero imparcial.

Esta identidad es tan marcada que encontramos pocas distinciones trascendentes entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, de suerte que la más significativa finque en el criterio de unidad de vista que impera en el procedimiento, postulando que

¹² Me remito a: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en AA. VV., *El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 527 y sigs.

¹³ Ver: Tawil, Guido Santiago, “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, LL-1985-E-952, citado por Petrella, Alejandra, *op. cit.*, p. 278.

¹⁴ Ver Petrella, Alejandra, *op. cit.*, p. 257. Explica la autora que el procedimiento administrativo resultó desde siempre construido sobre la base de los principios propios del proceso judicial —entre ellos el principio de contradicción y de defensa en juicio—, por lo que, en estos términos, los derechos de raigambre constitucional requieren ser incorporados y garantizados en términos ciertos y efectivos.

¹⁵ Recordemos que tal como se expresa en sus fundamentos, el régimen local de procedimientos administrativos tiene por finalidad “llevar por fin la posibilidad de que la Administración revea sus decisiones con la colaboración del particular evitando, de ser posible, una confrontación en sede judicial”.

desde su inicio hasta la decisión administrativa se cumpla un único hito procesal, a diferencia del proceso jurisdiccional estructurado por etapas preclusivas. Se agrega que el sistema interamericano de derechos humanos reforzó la apuntada identidad al estipular la vigencia del derecho a las garantías del proceso judicial consagrado en los Artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos al procedimiento administrativo¹⁶.

De allí que la extrapolación de las técnicas del proceso judicial—sin su compatibilización—haya proyectado en el procedimiento administrativo la misma percepción adversarial acentuando la disfunción apuntada. Por ello creo percibir una debilidad determinada por la histórica contradicción—de la cual el régimen local es tributaria—entre las técnicas procesales de estructuración del procedimiento administrativo bajo un sesgo confrontativo *vis a vis* sus declamados fines de convergencia y síntesis de los intereses públicos y privados a partir de un marco facilitador que reconozca al particular como “colaborador” de la Administración y al procedimiento como una instancia facilitadora de un real acercamiento. Claramente, si se mantiene acentuado su cariz netamente contradictorio y litigioso inmerso dentro de una inveterada cultura jurídica latina “adversarial”, es decir, de sesgo eminentemente beligerante o, cuando menos, agresiva, el logro de tales finalidades deviene prácticamente imposible.

Esta concepción latina del conflicto¹⁷ con un tinte litigioso-beligerante, en cuyo seno se ha erigido—y aún pervive—el mito del abogado “agresivo” como perfil ideal¹⁸, en alguna medida ha desconocido, desalentado y, por ende, no ha sabido articular, el desarrollo de instrumentos concretos que promuevan algún nivel de efectividad a las técnicas de negociación, transacción, mediación administrativa y demás mecanismos alternativos de resolución de controversias, a los que sólo acudimos cuando la oprobiosa cotidianeidad nos abruma con una miríada de cuestiones a tratar.

¹⁶ Ver: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, *op. cit.*, pp. 527 y sigs.

¹⁷ Respecto de la necesidad de resignificar al conflicto y reconfigurar el rol latino tradicional del abogado dentro de métodos alternativos de resolución eficazmente estructurados, sugiero ampliar en las enseñanzas vertidas en la ya célebre obra *Negociación y mediación*, del Profesor Roque Caivano, para quien “el conflicto no siempre tiene una connotación negativa: por el contrario, generalmente es positivo y puede servir para fortalecer relaciones [...] Si logramos comprender lo que realmente significa el conflicto, despojándolo de las culturalmente tradicionales connotaciones negativas, servirá para crecer en nuestras relaciones tanto interpersonales como inter e intrainstitucionales”. (Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo y Padilla, Roberto, *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, Buenos Aires, Ad. Hoc. SRL, 1997, pp. 116, 117).

¹⁸ Siguiendo el pensamiento de Caivano en orden al rol deseable del abogado como gestor de conflictos, destaco: “[...] la educación en las leyes crea en el futuro abogado un mapa filosófico distinto del que requiere un gestor de conflictos no adversarial, apoyado sobre la creencia popular sobre el rol del abogado. Esta apreciación descansa sobre dos presupuestos: que las partes son adversarios, por lo que el resultado favorecerá a una parte y la otra deberá acatarla [...] que las disputas deben ser inexcusablemente resueltas a través de la aplicación de alguna norma o principio legal por parte de un tercero imparcial [...] el cambio de mentalidad es determinante. El porvenir de la abogacía depende en gran medida del modo en que se perciban las necesidades de la sociedad en relación a los conflictos y las formas de resolverlos” (Caivano, Roque, *op. cit.*, pp. 69, 70 y 73).

De allí la importancia de comenzar a tematizar de manera integrada las técnicas de actuación del procedimiento administrativo y los mecanismos alternativos de resolución de controversias, dado que –aún en su estado normativo actual– el régimen de procedimiento contempla instituciones que posibilitan la inserción de los métodos alternos *de lege lata*, pero requiere una resignificación de los términos dentro de los cuales ha de inscribirse una discusión actual del conflicto, el rol del abogado y la negociación como instrumento. Repárese en que, tal como sostiene muy calificada doctrina, el conflicto –en términos jurídicos– se manifiesta como una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando, respecto de un mismo bien, coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión, por un lado, y una resistencia, por el otro¹⁹. La superación y capitalización del conflicto es uno de los grandes desafíos del derecho. Lo percibamos o no, la concepción tradicional procedimental es insuficiente. No sólo por la sobreacumulación de actuaciones y expedientes administrativos o judiciales, sino porque la preeminencia de la concepción adversarial es en gran medida la razón –entre otras– que explica la pérdida de legitimidad del procedimiento administrativo como real marco de confluencia y colaboración entre la autoridad y el particular –individuo o empresa– porque precisamente es percibido como una oportunidad procesal inútil.

Fácil es constatar que la deficitaria situación descrita acarrea un muy alto costo de oportunidad, economía y justicia porque los extensos tiempos de actuación de una instancia procedimental administrativa previa y obligatoria, que además es percibida por todos los operadores como inútil o como un formalismo muy escasamente útil, acaso haya determinado que toda la discusión jurídica de los últimos veinticinco años se haya centrado en la cuestión de la demandabilidad directa del Estado, al punto que las instituciones de la Ciudad Autónoma la han erigido en piedra angular de su construcción procesal.

A una década y media de distancia, percibimos funestamente que ello tampoco es una solución porque la Justicia local se encuentra literalmente colapsada de trabajo, sus funcionarios y Magistrados deben acometer esfuerzos de capacidades sobrehumanas, ciclópeas, siempre insuficientes porque la demanda de justicia supera geométricamente la capacidad resolutoria y ello motiva a la constante expansión y concursos para la provisión de nuevos juzgados y, así, podríamos seguir al infinito –pensemos que la jurisdicción local principió con doce jueces de primera instancia y ahora ya llegan a veinticinco– y no resolveremos el problema.

Por esto es que coincido con quienes postulan la necesidad de reformular la teoría procesal y repensar el conflicto, el rol del abogado y una de sus técnicas principales de optimización resolutoria: la negociación.

Debemos resignificarlo como una instancia que posibilita, mediante un adecuado abordaje negociador, una oportunidad de desarrollo de mayor entendimiento y sinergia. Al respecto, baste señalar que negociar es algo más que intentar lograr un arreglo con una contraparte, sino que presupone una *búsqueda de acuerdos posibles* orientados al *mejor resultado*

¹⁹ Cfr. Caivano, Roque y otros, *op. cit.*, p. 117, advirtiendo sobre los riesgos del exclusivo abordaje del conflicto desde el reduccionismo adversarial: “El litigio, por su parte, es concebido como una de las formas de resolver una disputa legal (si bien, dado su carácter adversarial, puede ser generador de nuevos conflictos)”.

posible, entendiendo que no presupone una victoria sobre el adversario mediante el ejercicio de un poder de imposición. Es solo útil en el corto plazo y absolutamente inútil en relaciones a largo plazo, tales como la ejecución de contratos administrativos de prolongado alcance. Imponer el poder sólo genera ánimo de revancha, se corona mediante estilos confrontativos y opera como catalizador de nuevas divergencias siempre de mayor intensidad²⁰.

Así entendido tenemos que el litigio o las técnicas litigiosas—tal como predominantemente se encuentra estructurado el procedimiento administrativo— no son sino una de las formas de resolver “un conflicto” existente en el plano de la realidad social, económica o cultural pero que, a través del proceso, se lo encuadra dentro de los términos de disputa legal, lo que en nuestra realidad posee un muy cargado y marcado sesgo adversarial, con lo cual el litigio, lejos de disolver las tensiones del conflicto o de erigirse en una instancia de acercamiento, articulación y fortalecimiento de vínculos, posee el serio riesgo de acentuar la escalada de beligerancia y generar nuevos conflictos de mayor intensidad que ahonden más la brecha y distancia entre las partes, quienes por tal motivo perderán la oportunidad de afianzar vínculos de colaboración, con el consecuente incremento de costos litigiosos y desperdicios de energías productivas²¹.

II.4.2. *Quid* sobre el mantenimiento de la estructura bilateral procesal frente a la creciente multilateralización de los conflictos

Continuando lo anterior, advierto otra *debilidad* proveniente de la identificación de técnicas entre el proceso judicial tradicional y el procedimiento administrativo, determinada por el incomprensible mantenimiento de la estructura bilateral procesal tradicional frente a la creciente multilateralización propia del derecho público actual, y también de un derecho público que contenía esos gérmenes colectivos en el apotegma de la justicia distributiva²².

²⁰ Cfr. Caivano, *op. cit.*, pp. 117 y sigs. Según el autor: “A fin de resolver una disputa, resulta crucial una buena comunicación entre los afectados. De esta manera, se podrá establecer el grado de importancia del problema, cuál es el significado que el mismo tiene para cada una de las partes, qué tipo de emociones ha generado, qué temores y enojos han surgido y qué actitudes e impresiones cada una de las partes tiene del otro. Se aprenderá algo acerca del problema desde el punto de vista del otro, viendo cómo pudieron haber surgido erróneas interpretaciones respecto de las acciones, motivos e intenciones de cada uno y comprendiendo el significado subjetivo, personal, del conflicto y los intereses, reales y ciertos que subyacen” (*op. cit.*, p. 121).

²¹ Ver Caivano, Roque, *op. cit.*, pp. 117 y sigs. Siguiendo a Borisdooff, sostiene que “el conflicto en sí mismo no es ni negativo ni positivo; será destructivo si no es resuelto y escala en una confrontación hostil o directamente en violencia, y constructivo si permite canalizar las diferencias y actuar hacia una solución” (obra y autor citado, p. 118). Cabe agregar que tal como reconoce Petrella al reflexionar sobre las inveteradas cuestiones de legitimación en el régimen local infiriendo la necesidad de superar el cariz contradictorio propio de la bilateralidad procesal clásica de las partes en conflicto mediante la visualización del encuentro del particular con el órgano en “situación de desigualdad mas no de adversidad”: “Si bien dicha concepción del procedimiento puede parecernos un tanto bucólica en virtud de lo que acontece en la realidad, donde el procedimiento administrativo pareciese resultar un mero escollo a sortear a fin de resolver los planteos en sede jurisdiccional lo antes posible, lo cierto es que en su ‘deber real’ nos ayuda a enmarcar el concepto bajo análisis” (*op. y autor cit.*, pp. 277-278).

²² Puede aventurarse que ello proviene de la extrapolación de los regímenes procesales privados al ámbito del derecho público. Precisamente, el derecho privado se encontraba asentado en la dicotómica relación jurídica

Ello se verifica, por ejemplo, en la muy errática apertura hacia categorías de legitimación colectivas y su consecuente necesidad de estructuración de técnicas que abonen reales condiciones de desarrollo de los procesos judiciales colectivos en derecho público, que resulten universalmente asequibles para la cotidianeidad de la práctica forense y, muy especialmente, en la aún ausente percepción de la necesidad de discutir y prever de manera integrada y sistémica las técnicas que posibilitarían la implementación de un procedimiento administrativo verdaderamente colectivo en el que se optimicen las categorías de legitimación colectivas; en el cual, a su vez, algunas técnicas de participación colectivas tales como la audiencia pública logren condiciones razonables de vinculatoriedad y efectividad²³.

II.5. Quinta fortaleza: un régimen jurídico que coadyuvó al desarrollo de criterios jurisprudenciales de avanzada

El ordenamiento nos presenta una situación muy interesante porque debido a los criterios normativos modernos plasmados en un régimen de procedimientos administrativos armónicamente interrelacionado con su norma procesal judicial local se ha comportado sistémicamente como un incentivo institucional que coadyuvó en el desarrollo de una judicatura especializada de avanzada. A década y media de distancia, el Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario porteño da constantes muestras de excelencia al evidenciar rasgos propios de originalidad, de medida y prudencia del afianzado temperamento de la madurez judicial.

Quizás compartan conmigo la percepción de sus actuales notas distintivas: un carácter fuertemente innovador, erudito, moderno de criterios y técnicas, pero no por ello menos circunspecto y reflexivo, y férreamente comprometido en su cotidianeidad.

En mi opinión, en el ámbito del derecho público local de mi Ciudad se verifica una interrelación inmanente a tres componentes equidistantes, indisolubles e indeleblemente unidos: procedimiento administrativo, código contencioso administrativo y Justicia en lo contencioso administrativo; de suerte que no encuentro posible –y menos aún conveniente– discutir por separado cada uno de estos tres eslabones de la cadena de justicia iuspublicista porteña, pues esta embrionaria sistematicidad encuentra empernadas en sus técnicas a estos tres componentes de la anhelada fuente de legitimidad de los intereses públicos de Buenos Aires, seguramente orientada a la vertebración de un nuevo derecho procesal administrativo.

Así como el régimen nacional inspiró la génesis del régimen local, seguramente, a modo de prospectiva, diré que no será extraño que los próximos lustros nos encuentren discutiendo sobre los alcances y las racionalidades de la influencia del derecho público local porteño sobre el nivel federal.

clásica de acreedor-deudor, actor-demandado que –no obstante encontrarse modernamente en progresiva superación, dado el impacto de la multilateralidad de variadas relaciones jurídicas como, por ejemplo, las de consumo– resultó extrapolada y aún mantenida casi incólume y sin cortapisas a la estructura general del procedimiento y el proceso administrativo. Ampliar en: Meroi, Andrea, *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, especialmente su Capítulo VI.

²³ Ver: Petrella, Alejandra, *op. cit.*, p. 257.

Evidentemente tengo para mí una percepción muy positiva de los avances logrados por la interrelación de estos tres eslabones de justicia a partir de la puesta en marcha de las normas de jerarquía legal fundantes del derecho público local que, insisto, reconocen como piedra fundamental—en su plano normativo—al régimen de procedimiento administrativo, el cual encuentra un coherente e interdependiente equilibrio técnico en su consecuente ordenamiento ritual judicial y que, merced al compromiso del Poder Judicial local, podemos hoy decir que se encuentran ambos regímenes jerarquizados al grado de sistema.

Digo esto porque hubiera sido deseable que el plano normativo comentado, es decir, el régimen legal procedimental y procesal administrativo porteño, no hubiera sido solo el resultado de la extrapolación en bloque de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos en las condiciones de su vigencia, sin un previo análisis crítico de compatibilidad de ese sistema con las específicas racionalidades constitucionales plasmadas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ser anterior y porque, además, se diferencia de la Constitución Nacional—inclusive en sus reconfiguraciones de 1994—en sus finalidades, objetos y técnicas. Adviértase que—ya en su Artículo 1º—nos propone una forma de gobierno diferenciada, pues la Constitución de los porteños se autodefine como una democracia participativa, impregna de tal cualidad a sus principales instituciones e inicia su sistema normativo sentando el principio de publicidad de los actos de gobierno. De todo ello trataré seguidamente.

III. Debilidad estructural del procedimiento administrativo local: su inadecuación a los parámetros constitucionales democráticos-deliberativos-participativos

El régimen de procedimientos administrativos de la Ciudad se encuentra desvinculado del modelo democrático-deliberativo-participativo expresamente adoptado en la Constitución local, abiertamente inscripta dentro del progresismo constitucional de finales del siglo XX, que fuera inspirado en el ideario de John Rawls²⁴, Jürgen Habermas²⁵ y Carlos Nino²⁶, entre otros autores²⁷.

²⁴ Ver Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad, 2002.

²⁵ Ver Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998; *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 2000; *Verdad y justificación*, Madrid, Ed. Trotta, serie Ensayos filosóficos, 2002, para quien “la democracia no es un mero agregado de intereses o preferencias sino un complejo mecanismo deliberativo para definir qué preferencias, qué instituciones, qué políticas públicas están o deben ser justificadas”.

²⁶ Ver Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 1997, entre otros, para quien la democracia se legitima en la discusión, debate, apertura y participación.

²⁷ Ver, entre otros principales, los siguientes trabajos y obras: Haberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, Madrid, Tecnos, 2002; Pettit, Philip, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: “Estado y sociedad”, 1999; Fearon, James, “La deliberación como discusión”, en Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 2001; Porras Nadales, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 50, 1994.

Ello se debe a que el procedimiento administrativo local fue pensado como una actualización del régimen nacional de 1972 trazado a la luz del modelo constitucional “democrático representativo” imperante en ese entonces; de allí que, al haberse estructurado a partir de las categorías tradicionales en su formulación clásica, no hayan podido percibirse ni desarrollarse las nuevas racionalidades ya vigentes en el texto constitucional de la Ciudad aprobado en 1996.

La cuestión no es semántica ni fortuita porque las distintas improntas constitucionales impactan y modulan en uno u otro sentido el contenido de una norma de procedimientos administrativos.

Así tenemos que en la democracia representativa, de carácter estadocentrista, el poder de decisión se centra en el efector de poder. El procedimiento administrativo es el cauce exclusivo de expresión de una voluntad estatal cuya legitimidad se encuentra asegurada en la legalidad de las formas; por caso, la legitimidad de un contrato administrativo casi exclusivamente se sustenta en la estricta observancia de formas esenciales de corte licitatorio pero desvinculado de las ratios de su contenido. La Administración pública luce como vicaria exclusiva de los intereses generales. El órgano y el ente administrativo disponen de amplias facultades y potestades concentradas en una intensa prerrogativa dotada de una ejecutoriedad robusta y un hábito de discrecionalidad muy amplio y cimentado –aún con las cortapisas actuales– que reduce al particular a muy limitadas capacidades de intervención solo necesaria y siempre subsanables, de escasas garantías operables en tiempo real, encorsetadas dentro de ambiguas situaciones jurídicas subjetivas de interpretación restrictiva y a esporádicas convocatorias a ejercer una participación no vinculante, secundaria y siempre bajo limitados parámetros de control administrativo y judicial de corte exclusivamente revisor, enmarcado dentro de muy limitadas pretensiones procesales condicionadas todas por innumerables vallados formales.

Encambio, la situación es sensiblemente distinta en la democracia deliberativa participativa adoptada por la Constitución de la ciudad, en la cual los representados tienen mecanismos directos y regulares de inexcusable intervención previa y vinculante así estipulados dentro de los respectivos procedimientos administrativos, integrando a los particulares y a la sociedad civil al proceso de toma de decisión porque se trata de la legitimación del procedimiento y no de la legitimación a través del procedimiento, ya que este modelo ve en la Constitución un proceso abierto, una tarea que debe ir realizándose y que coincide con el principio de que la democracia es un proceso que garantiza la configuración de múltiples alternativas a favor de los diversos grupos de la sociedad. Se moldea así un sistema más dinámico que posibilita una inserción del particular y de la sociedad civil de carácter integral y sistemático en las decisiones públicas, respecto del cual los mecanismos de participación ciudadana conforman una exteriorización del componente expuesto²⁸.

También amplía las categorías de legitimación procesal junto con los derechos, las facultades y las garantías procesales de los particulares; reconfigura las tradicionales formas

²⁸ Ampliar en Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, op. cit.*, especialmente en su Cap. VI, “El procedimiento administrativo general”, punto 9: “La participación ciudadana”, pp. 142 y

de *participación* no vinculante—actualmente más cercanas al desahogo que a la efectividad—y las jerarquiza elevándolas al carácter de *intervención* previa y vinculante, al tiempo que reduce considerablemente los condicionantes formales de articulación de peticiones, pretensiones y ejercicio del control administrativo y judicial, ya no reducido a los estrechos parámetros revisores. Por caso, ensambla dentro del régimen general del procedimiento como instancia estructurada, previa y vinculante, las reglas de participación ciudadana, instituciones propias del corte deliberativo participativo, como ser las normas de acceso a la información y audiencias públicas. Esto último es importante porque el modelo deliberativo participativo entiende que la democracia es una cuestión de procedimientos y resultados y que ambos deben ser públicos, pues para comprender el resultado es necesario entender el procedimiento y cómo éste se gesta²⁹. Necesita entonces de la publicidad y de la transparencia porque esas características favorecen el control por los particulares y la sociedad civil y la rendición de cuentas, al tiempo que promueven las condiciones para que los distintos sectores se involucren desde sus inicios en la formulación de las políticas públicas³⁰. Este modelo entiende el carácter indispensable del acceso a la información pública en tiempo real porque, para hacer las cuentas de la calidad de una gestión, hay que conocer no sólo qué se ha hecho, sino también cómo se hizo y qué es lo que se pudo hacer³¹.

sigs. La autora nos enseña que “este principio se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas y se instaló en diversas dimensiones del vínculo entre los gobiernos y los ciudadanos. La participación forma parte del proceso denominado ‘gobernanza’, que marcó cambios en las sociedades y en los poderes públicos. Con ese término se identifica un modelo de gobierno que, en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado. Como el protagonismo de los poderes públicos cede frente a la integración de la sociedad a los asuntos estatales, este proceso de participación de los particulares, los grupos sociales y las instituciones coadyuva en la formulación de la acción política. En consecuencia, la actuación política se engarza con los múltiples actores públicos y privados en una dinámica de interacción e interdependencia. Se supera la exclusividad de la gestión de los asuntos públicos por parte de los poderes públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad y se reconoce la pluralidad de agentes sociales que participan y cooperan en la toma de decisiones, en la gestión, en la evaluación y en las responsabilidades”.

²⁹ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo participativo deliberativo”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, julio-diciembre 2004, p. 75. Como explica el autor: “[...] lo importante es que las decisiones públicas sean cuestionadas, mientras más, mejor. De acuerdo con éste modelo, un gobierno será democrático, un gobierno representará una forma de poder controlado por el pueblo, en la medida en que el pueblo, individual o colectivamente, disfrute de la permanente posibilidad de disputar o deliberar las decisiones de los órganos del estado” (obra y autor citado, p. 65).

³⁰ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 63. Como afirma el autor: “[...] la deliberación, disputa, crítica o disenso público exige no que las decisiones se basen en la negociación [...] sino que esas decisiones se fundamenten en el debate de suerte que las partes traten de acordar qué ordenamiento responde mejor a las consideraciones que todos pueden reconocer como relevantes [...]”. La ‘república de razones’ tiene parentesco con ideas de la argumentación como el concepto de auditorio universal de Perelman” (op. y autor citado, p. 66, siguiendo a Perelman, Chaim y Olbretch-Tyteca, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Ed. Gredos, 1989).

³¹ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 69, quien explica: “Esto es así, porque la rendición de cuentas pasa por un acceso a la información casi ilimitado que permite al electorado estar continuamente conociendo sobre la gestión, formas, procedimientos y acuerdos de los gobernantes”.

De esta manera encontramos a los ciudadanos y a la sociedad civil integrados a un poder público, ya no más sujeto titular exclusivo de la formulación e implementación de las políticas públicas—operando un deseable y consecuente empoderamiento de la sociedad civil—, al posibilitar a los particulares y actores de la sociedad civil un nivel superior de intervención efectiva que los prefigure como *sujetos activos con capacidad de intervención* y no meros *sujetos pasivos destinatarios revisores*, del sistema³².

Encuadrar la Constitución porteña en la democracia deliberativa participativa implica la necesidad de establecer un modelo de gobierno y de gestión cimentado sobre una concepción dialógica basada en la comunicación intersubjetiva entre las personas, de suerte que se trate de una visión incluyente orientada a producir la toma de decisiones derivadas de la argumentación y la publicidad de procedimientos y resultados. Desde ésta concepción, el punto de partida es la defensa de una visión del sistema político apoyado en principios o decisiones morales que deben garantizar condiciones de imparcialidad, universalidad y respeto a la autonomía personal³³.

En nuestro país, para el concreto caso de la Ciudad Autónoma, no se me escapa la especial influencia del pensamiento del célebre Carlos Nino, quien desarrolló una visión equidistante claramente abordable a la métrica de la mediación de los intereses públicos porque principia por advertir que la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos. Esta tesis se basa en una premisa: la regla de la mayoría no garantiza necesariamente la imparcialidad, puesto que una decisión solo apoyada por una mayoría, pero que no contemple las posiciones de todos los interesados e involucrados en el conflicto, posee el riesgo intrínseco de parcialidad³⁴. De allí que el núcleo de su formulación se concentre en la necesidad de alentar la “colegiación de las decisiones”³⁵, ya que la imparcialidad

³² Ver: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit., p. 143, al explicar la diferenciación entre la participación procedimental de la participación orgánica y entre la participación tutelada —o participación propiamente dicha— y la de otorgamiento discrecional, principalmente.

³³ Ampliar en: Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo participativo deliberativo”, en *Cuestiones Constitucionales*, op. cit.

³⁴ En este punto conviene recordar que tal como lo definió Schumpeter, la democracia ni debiera ser ni debiera percibirse como una simple lucha entre grupos para ganar el favor de los ciudadanos mediante el voto por la regla de la mayoría, sino que exige que todas las partes participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias (cfr. Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, NYC, Harper and Row, 1962, p. 269).

³⁵ La estructuración del modelo participativo deliberativo centrado en la “Colegiación de las Decisiones” presupone: 1º) la necesidad—para un proceso de toma de decisión pública—del conocimiento de los intereses y necesidades de otros, recabándose consecuentemente la necesaria inclusión de todos los sectores de la sociedad en la deliberación pública con el propósito de que los individuos tengan oportunidad de tomar decisiones que les ayuden a dar un orden de preferencia en sus intereses; 2º) la subsecuente necesidad de presentar los intereses, necesidades y preferencias dentro de un marco de argumentación y justificación amplia; 3º) la necesidad de desarrollar atributos de consenso y no de negociación entendida en términos de meros intercambios no representativos de las reales aspiraciones de los sectores involucrados.

de una decisión pública sólo puede ser el producto de un proceso de participación incluyente y deliberativa encausada³⁶.

Presentados los términos del modelo de la democracia deliberativa participativa plasmado en la Constitución porteña, se identifican las siguientes necesidades de desarrollo del procedimiento administrativo local:

Primero, transparentar todos los ciclos de gestión e implementación de políticas públicas, reglamentos y actos individuales desde su formulación comprendiendo su fase previa e inicial y sus actos preparatorios, traducido ello en la necesidad de extender y especificar las previsiones normativas sobre mecanismos de publicidad para facilitar la toma de conocimiento y el acceso a la información efectivo³⁷. Hoy, la tecnología de la información hace posible transparentar todos los ciclos de gestión, desburocratizándolos y es, por otra parte, inestimable vehículo de canalización de las peticiones individuales y la participación³⁸.

Segundo, efectivizar las categorías de legitimación procesal de carácter colectivo mediante el desarrollo de previsiones que les brinden tratamiento especial, preestablezcan sus alcances y distingan los supuestos ordinarios de participación que carecen de vinculatoriedad respecto de otros que sí la poseen y, que por tal motivo, no traducen participación sino intervención dada su virtualidad, trascendencia y aptitud para engendrar derecho a decisión fundada.

Tercero, en orden al afianzamiento del cardinal derecho humano a la buena Administración³⁹, se debe propiciar la reformulación de la teoría del acto administrativo principalmente extendiendo la fuerza expansiva de su normación a todos los actos de gobierno que revistan interés jurídico con derogación de toda rémora perviviente de cuestiones no justiciables y de zonas de reserva, resignificando la discrecionalidad y especificando

³⁶ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, serie: Filosofía del Derecho, 1997, pp. 154 a 198. Ver también, Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 59.

³⁷ Respecto de la transparencia, ética pública y acceso a la información ampliar en: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, *op. cit.*, especialmente su Cap. IV, Pto. 9, "acceso a la información", pp. 144 y sigs., sobre todo al identificar de manera pormenorizada la gran cantidad de instrumentos y decisiones internacionales que lo consagran.

³⁸ Ver: Gordillo, Agustín, "IT y la modernización de la Administración pública", en AA. VV., *Estudios Jurídicos sobre Administración pública*, Fernández Ruiz, Jorge (Coordinador), México DF, UNAM, 2012, pp. 1 a 12.

³⁹ Ver: Fernández Ruiz, Jorge, "El derecho humano a una buena Administración pública", en *Estudios Jurídicos sobre Administración pública*, *op. cit.*, pp. 267 y sigs. Desde su finísima intelectualidad, su indiscutida autoridad moral, su enorme experiencia de vida, su sabiduría infinita impregnada de realismo y su desprendida generosidad, nos enseña: "[...] con lamentable frecuencia, las Administraciones públicas federal, local y municipal actúan de manera ilegal, desproporcionada, arbitraria, discriminatoria, lenta, morosa, negligente, opaca, de mala fe, caprichosa, con agravio de la seguridad jurídica de los particulares o anteponiendo el interés privado del servidor público al interés público, con lo que desatiende los principios y los preceptos del derecho administrativo y viola el derecho humano de los administrados a una buena Administración [...] Ante esa terca realidad de violación sistemática del derecho humano a una buena Administración es imperativo reformular drásticamente la normativa que rige la actuación de la Administración pública, a efecto de que los servidores públicos que incurran contumazmente en tales violaciones sean destituidos de sus cargos" (obra y autor citado, pp. 284 y 285).

las concretas técnicas que posibiliten su control efectivo⁴⁰. En parejo orden se determina la necesidad de reconfigurar los elementos esenciales de validez del acto mediante el fortalecimiento del deber de motivación circunstanciado, para procurar aventar las tautológicas desinterpretaciones de la discrecionalidad. También, preestableciendo cuáles clases de actos se encuentran al amparo de la presunción de legitimidad y su ejecutoriedad propia, especificando los requisitos de configuración con limitación de su alcance según pautas de trascendencia, entre muchos otros aspectos a revisar. Tengo para mí que en todo ello se compromete la efectivización del principio general de moralidad administrativa brillantemente presentado por el querido gran Jurista Don Jorge Fernández Ruiz⁴¹.

Cuarto, integrar los distintos regímenes en materia de audiencias públicas, acceso a la información y elaboración participada de normas –entre otros– dentro de la norma de procedimientos administrativos bajo un cariz dialógico para optimizar su interdependencia, indivisibilidad y progresividad en tanto mecanismo promotor de la efectividad del sistema de derecho, enmarcados en una democracia sustancial⁴².

III.1. La probable afectación a las condiciones de legitimidad de una norma troncal aprobada por un Decreto de Necesidad y Urgencia

Sabido es que el procedimiento administrativo de los porteños fue aprobado mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia, luego convalidado por la entonces flamante Legislatura. Más allá de que pueda o no coincidir con su legalidad formal, lo cierto es que su legitimidad es pasible de cuestionamiento a poco que se repare en la trascendencia institucional que posee el dictado de una norma estructural para la gestión del interés general, la cual, ni siquiera en este aspecto, se enmarcó dentro de los parámetros del modelo democrático deliberativo participativo. Tengo entonces para mí a ésta situación como una debilidad estructural: la necesidad de concretar un debate abierto respecto de las ratios deseables en orden a una verdadera democratización del procedimiento administrativo de cariz participativo deliberativo, es aún una asignatura pendiente.

⁴⁰ Ver: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, *op. cit.*, especialmente pp. 197 y sigs. En lo personal postulo la necesidad de especificar el contenido normativo de los distintos fundamentos y criterios de control de discrecionalidad sentados por nuestro Máximo Tribunal y muy claramente explicitados por la Profesora Ivanega en su obra, precisamente, porque tal como ella dice: “[...] los límites entre la legitimidad y la oportunidad son difusos, imprecisos, de la misma forma que entre la última y la discrecionalidad” (*op. y aut. cit. p. 204*).

⁴¹ Ver: Fernández Ruiz, Jorge, “El derecho humano a una buena Administración pública”, en *op. cit.* Nos enseña el Jurista que conforme al principio de moralidad administrativa “en el ejercicio de sus funciones, la conducta de los servidores públicos adscriptos a la Administración pública debe ajustarse a la ética, por lo que su actuación habrá de orientarse por criterios de legalidad, lealtad, justicia, imparcialidad, eficiencia, eficacia y honradez, tanto en sus relaciones con los administrados, como con sus compañeros, sus jefes y sus subordinados” (*obra y autor citado, p. 277*).

⁴² Ver: Ivanega, Miriam, *op. cit.*, especialmente Cap. II, punto X y Cap. IV, ptos. II.9 y 10 y López Olvera, Miguel Alejandro y Pahuamba Rosas, Baltazar, *Nuevos paradigmas constitucionales*, México DF, Espress, 2014, pp. 75 y sigs. y 128 y sigs. Y López Olvera, Miguel Alejandro, *El Control de Convencionalidad en la Administración pública*, México, Novum, 2014.

La cuestión no es ni semántica ni menor, sino que evidencia un serio déficit de legitimidad de origen, precisamente, porque tratándose de una norma capital en la especificación de derechos y la delimitación de las técnicas de actuación de potestades y cometidos públicos, debió haber sido el fruto del debate abierto y de la deliberación transparente y participativa de todos, de suerte que tendríamos que haber podido encontrar a los fundamentos de la ley auténticamente coloreados por las variopintas expresiones ciudadanas o representados, aquellos, los “cien barrios porteños” o ilustrados de expresiones individuales que traduzcan grafitis de aquella “policromía de las tardes de arrabal”.

Pues no. Sus fundamentos hieren por su insensibilidad y por rematar y modularse en las inveteradas generalizaciones abstractas a las que se recurre siempre que la fuerza precisa acallar la razón. No. El procedimiento administrativo local, a pesar de sus fortalezas, no ha logrado aún satisfacer la racionalidad última aspirada. No se adecua a esa especial fórmula de consensos –¿acaso utópica?– de un gobierno local democrático, participativo y deliberativo.

La cuestión, insisto, es capital y no es meramente semántica porque la ley de procedimientos, al no haber sido fruto de consensos abiertos, terminó centrándose únicamente en el fortalecimiento del sistema de poder entendido como técnica de control sobre los particulares. Los fundamentos son elocuentes al reconocer: “[...] constituir un instrumento de gobierno y control, en donde asegurar el ejercicio del poder y la adopción de las medidas necesarias y conducentes a la pronta y eficaz satisfacción del interés general por los carriles de la seguridad” mediante el cual “se fortalecen las responsabilidades y deberes de los órganos de la Administración activa a los que, en forma primordial, naturalmente se dirige”.

En este orden adviértase que, mientras la ley fortaleció al sistema de poder incorporándole sus avances doctrinarios y jurisprudenciales operados hacia 1997, mantuvo en cambio inalterado el sistema de derechos originarios de su modelo, la ley nacional, a 1972, al no especificar ni las garantías procedimentales esbozadas en el plano constitucional –y mediante las cuales asimismo operar los derechos incluidos en la propia Constitución–, ni cristalizando tan siquiera los avances operados en materia de derechos fundamentales para 1997. Tengamos en cuenta que para ese entonces la doctrina más actualizada ya discutía, por ejemplo, los alcances de la operatividad directa de la Convención Americana de Derechos Humanos, el impacto del principio de “igualdad de armas” en el procedimiento administrativo y las implicancias del principio de interpretación evolutiva y humanitaria de los derechos humanos⁴³.

IV. Invocación final

Porque me resisto a creer que ese anhelo participativo deliberativo, que embriagó el sentir ciudadano al fragor de aquél singular ideal democrático germinado en la Constitución porteña, quede reducido a una vacua formulación de piadosas intenciones, es que cerraré

⁴³ Ver: Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, en especial su Capítulo V: “Derecho supranacional de los servicios públicos. El derecho comunitario. Impacto y proyección de las normas contenidas en la Convención Americana de los Derechos Humanos”.

lo trabajado hasta aquí recreando al “Elogio de la dialéctica” y al “Elogio del estudio”, acuñado por ese *gross verfasser* que fue Bertolt Brecht y juntos les invitamos a elevar la siguiente exhortación: “¡No temas preguntar, amigo mío! Ni tampoco te dejes convencer; Compruébalo todo por tú mismo, porque lo que no sabes por ti, no lo sabes; Repasa la cuenta, porque tú tienes que pagarla.

Y apunta con tu dedo a cada cosa para preguntar: ¿Y esto por qué?

Por eso quien aún esté vivo que no diga nunca ‘jamás’;

Porque ‘lo firme’ no es firme y porque ‘todo’ no seguirá igual”. Que así sea.

LA TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. Reflexiones iniciales

Fruto de la flor y nata de la tradición jurídica argentina, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos constituye uno de los hitos de mayor trascendencia jurídica e institucional de nuestro derecho público pues, como se ha enseñado, supuso un antes y un después en la protección de los derechos por intermedio de la consolidación del principio de legalidad de la actuación administrativa al tiempo que ha sido un campo propicio para la recepción y desarrollo de los principios generales del derecho¹.

De allí que, en mi opinión, los principales núcleos de transformación² del procedimiento administrativo debieran orientarse a intensificar la mayor apertura de los efectores de poder de cara a la sociedad civil en la consecución del interés público mediante una mayor

¹ Ver: Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 1, 4, 5 y siguientes. En su obra nos explica: “La LNPA cerró un ciclo y abrió otro. Así, el cierre de la etapa caracterizada por la primacía de un derecho doctrinario en formación, con la consecuente falta de unidad en los planteos y soluciones, marcó el comienzo de un ciclo distinto, signado por la certeza que siempre proporciona una codificación, aunque sea parcial, de principios y técnicas que hasta ese momento presentaban una gran movilidad jurídica. Lo que podía entonces ser imprevisible para los distintos protagonistas del fenómeno administrativo comenzó, a partir de la LNPA, a tener un grado aceptable de previsibilidad y de consenso por parte de la comunidad jurídica”.

² Se verifica una labor muy fecunda en los organismos internacionales en torno a los medios para dotar de mayor eficiencia a la Administración pública con singular impacto sobre el procedimiento administrativo. Un hito, entre otros, lo situamos en los trabajos de la CLAD y la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico—México 2005— y en la labor de ONU exteriorizada en el Informe del Secretario General A/60/114 del 12 de junio del mismo año 2005 sobre Administración pública y desarrollo. Se encaró seriamente allí la problemática de la denominada “revitalización” de los sistemas de la Administración pública orientados a “convertir las organizaciones de la Administración pública en sistemas de prestación de servicios abiertos, participativos, innovadores, con intercambio de información y orientados a la obtención de resultados”. Sin duda, toda reflexión en torno a esta

inmediación y convergencia concreta en tiempo real. Revitalizar el procedimiento administrativo es convertirlo en una institución útil para fortalecer la legitimidad de los procesos de toma de decisión y de diseño e implementación de políticas públicas. Optimizar sus potencialidades como instrumento de gobernabilidad. Pero también, se trata de actualizar sus técnicas orientadas a la efectividad de los derechos y la interdicción de la arbitrariedad³ para seguir posibilitando su real utilidad como instancia de acercamiento, negociación y resolución en tiempo real de los conflictos individuales en pos de una disminución de la litigiosidad⁴.

El procedimiento administrativo hoy no encuentra obstáculo para dejar de ser aquel ritualismo inútil de forzosas retahílas y sempiternas ignominias y convertirse en una instancia de consenso y tutela efectiva.

El exponencial desarrollo de la tecnología de la información aplicada a la modernización de los trámites revela el éxito obtenido por las reingenierías de procesos acometidas en nuestra Administración pública. La despapelización, el expediente y la notificación electrónica, la firma digital y los actuales atributos de *e-government* junto con los sitios de internet gubernamental interactivos forman ya parte de nuestro presente. Dotan de condiciones de operatividad necesarias para implementar procedimientos individuales y colectivos con fortalecimiento de la vinculatoriedad de las posiciones y los atributos de sencillez de las

materia no puede prescindir de la valoración de tales aportaciones y de la corriente universal que impregna a las discusiones que vienen sosteniéndose durante la última década que, en gran medida, han concurrido a modelar las nociones emergentes o el “derecho emergente” a la buena Administración pública, no sin reparos y cuestionamientos al sesgo eficientista. Desde esta óptica sugiero ampliar en la perspectiva propuesta por el profesor mexicano Daniel Márquez Gómez. Ver: Márquez Gómez, Daniel, “El nuevo paradigma en Administración pública: El derecho humano a la buena Administración pública”, en AA. VV., *Estudios Jurídicos sobre Administración Pública*, Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), México, UNAM, 2012, pp. 84 y sigs. El autor nos advierte en estos términos: “[...] la idea de revitalización en la Administración pública debe analizarse con cautela, sobre todo por el peligro de imponer una manera de pensar que, por funcional que se crea, no necesariamente lleva a la construcción de paradigmas sustentados en el ciudadano o administrado, en nuestra opinión el nuevo paradigma debe descansar en un enfoque de derechos”.

³ Ver: Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 7, cuando al explicar la labor de la Comisión Redactora de la LNPA nos enseña: “En primer término, cabe puntualizar que el dictado de la ley significó el abandono del puro subjetivismo y de la arbitrariedad que caracterizaban a la Administración pública en la anterior etapa, a través de una actuación cargada de vicios y absolutamente discrecional. La implantación de principios jurídicos para regir los procedimientos administrativos, junto a una serie de reglas sobre el acto administrativo implicó, asimismo, a partir de entonces, la construcción de un adecuado cauce procedimental tanto para la realización del interés público como para las garantías de los particulares. Y, finalmente, aun cuando incompletas y pese a que algunas de las normas resultan hoy día incompatibles con el principio de la tutela judicial efectiva merece destacarse el avance legislativo que importó la regulación procesal relativa a la impugnación judicial de los reglamentos, efectuada, por primera vez, en el orden nacional”.

⁴ Ver: García Pullés, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 665, al decir: “[...] no podremos dejar de advertir que en la realidad diaria ese procedimiento ha sido subvertido para convertirse en una telaraña destinada a oscurecer la publicidad de la actividad administrativa en procura de realizar el derecho y desgastar al ciudadano, haciéndolo desistir –cuando no hurtándole– sus derechos e intereses. La Administración y, particularmente, los funcionarios no llegan a comprender hasta qué punto esta corruptela genera daños irreparables a los intereses fiscales que ellos creen proteger, y cuantos más irrogan a los intereses públicos que deberían privilegiar”.

presentaciones, fortalecer la publicidad y transparencia de los hitos de trámite, posibilitar una mayor intermediación entre particular y Administración mediante los mecanismos informáticos de interacción instantánea entre las partes que dejan en el pasado a los tradicionales instrumentos de intercambio epistolar y hacen posible actualmente el desarrollo de técnicas como las del *diálogo competitivo* –modernizando al *data room*– para procedimientos administrativos selectivos.

Sin duda, los avances apuntados dan marco para lograr una mayor transparencia y publicidad de los institutos e instancias troncales de las decisiones administrativas orientada a una aceptable *accountability* y, con ello, obtener un adecuado nivel aceptable de integración de la sociedad civil en el diseño de las políticas públicas. La tecnología ha removido obstáculos y ahora posibilita el desarrollo de mecanismos efectivos de participación e intervención directa de particulares tanto en las instancias generales de diseño de políticas públicas y su reflejo en los procedimientos de dictado de normas reglamentarias, cuanto en los específicos procedimientos de formación de la voluntad estatal que se traduzcan en actos administrativos concretos.

También, el rol del abogado se encuentra alcanzado y contenido dentro de éste marco de transformación. La superación de la deslegitimada percepción del procedimiento administrativo como *ritualismo inútil* y su reconfiguración en *instancia efectiva* encuentra en el abogado a un actor central de un sistema que –para lograr su finalidad de comunión de intereses– va a reclamarle dejar atrás aquella concepción “adversarial” del conflicto acompañada del tinte “beligerante” del abogado que “enfrenta” y “derrota”. En cambio, siempre que sea posible, se le requerirá obrar conforme a la “concepción dialógica” de gestión de los intereses públicos –de sesgo negocial– como atributo de los mecanismos deliberativos y participativos propios de estos tiempos.

Todo ello dentro de un marco de tolerancia⁵ entendida como “actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás”.

II. Aproximación a tres ejes de análisis

Se trata de invitar a pensar una reforma normativa posible que brinde el marco legal adecuado para optimizar el diálogo, la celeridad y eficacia orientadas a coronar la tantas veces declamada tutela administrativa efectiva. En aras de ello he pensando en el abordaje

⁵ Si bien excede en mucho a los fines de este trabajo una reflexión más abarcativa sobre la importancia de la tolerancia en la concepción dialógica que sustenta a los institutos de la forma democrático participativa y su impacto sobre el rol del abogado de derecho público, creo al menos necesario recrear la Declaración de Principios sobre la Tolerancia formulada por UNESCO el 16 de noviembre de 1995. Así, su Artículo 1.1 establece: “La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz”. Tengo para mí que en ella ha de enmarcarse el rol del abogado.

de tres ejes principales dentro de los cuales entiendo discurre hoy la transformación del procedimiento administrativo.

El primero trata sobre la necesidad de abordar desde ratios de eficiencia en tutela de los derechos humanos el “principio de colaboración”⁶ mediante la transformación cultural del rol del abogado como una herramienta de acercamiento entre partes.

Mi punto de partida se afina en la constatación de una nueva Administración pública inscripta dentro de una nueva lógica relacional de lo público y lo privado, acorde a nuevas finalidades y retos⁷. No es más la “estadocentrista” –“vicaria exclusiva del interés público”– sino una operadora –a veces con mayor preponderancia– de una acaso “mercado-centrista”, “arena pública”⁸ fuertemente impactada por los fenómenos de internacionalización, globalización y mundialización⁹.

⁶ Ampliar en: Tawil, Guido Santiago, “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, LL-1985-E-952. También en: Petrella, Alejandra, en AA. VV, *Procedimiento Administrativo, Procedimientos Administrativos en las Provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislación - Comentarios*, Pozo Gowland, Héctor; Halperin, David; Aguilar Valdéz, Oscar; Juan Lima, Fernando; Canosa, Armando – Directores, Cap. VI “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, pp. 247 y sigs., especialmente en p. 278.

⁷ Siguiendo el pensamiento de Javier Barnes, el profesor mexicano Daniel Márquez Gómez grafica el fenómeno con su claridad característica al decir: “En el siglo XXI, la Administración pública parece no ser la misma que conoció Adolfo Merkl, la privatización; la desregulación o la autorregulación regulada (a lo cual en Argentina podríamos agregar la reasunción de cometidos públicos por formas privadas con fuga del derecho público), la conversión del Estado prestador en Estado Garante en determinados sectores y la consiguiente aparición de una administración de garantía; de nuevas formas de colaboración público-privada y de reparto de responsabilidades entre la Administración y la sociedad [...] son las señas de identidad de un proyecto político que recorre el mundo occidental” (cfr. Márquez Gómez, Daniel, *op. cit.*, p. 79, siguiendo a Barnes, Javier, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, España, Global Law Press, 2006, p. 13).

⁸ Siguiendo el pensamiento del genial jurista italiano Sabino Cassese, me remito a las ideas que, bajo su luz, desde larga data vengo exponiendo en algunos antiguos trabajos míos entre los cuales destaco: “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del sistema interamericano de derechos humanos”. En *Diritti interni diritto comunitario e principi sovranazionali - profili amministrativistici* - a cura di Vera Parasio, Roma, Ed Giuffrè Editore, 2009, p. 151; “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, en *Suplemento de Derecho Administrativo* de Ed. El Derecho, Año XLVII, N° 12307, del 31 de julio de 2009 – EDA, 2009-546; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Los nuevos horizontes del Defensor del Pueblo”, en Cisneros Fariás, Germán; Fernández Ruiz, Jorge; López Olvera, Miguel Alejandro (Coord.), *Ombudsman Local. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 151 a 177; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Aproximación a la crisis y transformación del control”, en *Control de la Administración pública. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 141 a 173; “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, crony capitalism y alteración de la gobernabilidad económica”, en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*, Belo Horizonte, Brasil, Año 2007, N° 27, enero-marzo 2007, pp. 11 a 42.

⁹ Ampliar en: Cassese, Sabino, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado y Los Tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global* y Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al derecho administrativo global*; todos ellos en Sevilla, España, Global Law Press, 2013.

La Administración pública enfrenta nuevos desafíos y reviste nuevos contenidos que deben traducirse en la búsqueda de las prácticas más apropiadas de actuación. En ello se encuentra trastocado –lo veamos o no– el procedimiento administrativo y sus principales técnicas de actuación¹⁰.

De allí que pueda postularse la necesidad de propiciar un cambio cultural que permita superar el tradicional cuño beligerante y adversarial que ha teñido el procedimiento administrativo, para pasar a una concepción más negocial y de articulación a través de la cual se pueda conformar, en tiempo oportuno, un marco de real acercamiento entre la Administración, la Sociedad Civil y los sectores económicos para así evitar, por otra parte, uno de los grandes males actuales del procedimiento administrativo –y del proceso judicial–, como lo son las demoras excesivas en las tramitaciones, la dificultad para arribar a decisiones afinadas en los hechos determinantes y, en todo ello, la sempiterna búsqueda de la anhelada transparencia¹¹.

La necesidad de bregar por el paso del cariz adversarial a uno más negocial, mediante la revivificación del principio de colaboración, es un factor de acercamiento que brinda el marco para el desarrollo de escenarios superadores de conflictos, de fortalecimiento y estrechamiento de vínculos. Quiero remarcar desde el inicio que la efectivización de éste núcleo conlleva, sin duda, un profundo cambio cultural porque nuestro cuño procesal latino y nuestra práctica profesional se encuentran fuertemente estructurados en un sesgo claramente litigioso, adversarial y, por ende, antagónico a los postulados del principio de colaboración¹².

¹⁰ Reflejo de ello se verifica en la discusión por el “paradigma posburocrático y la idea de buen gobierno inscripto en las nuevas e impostergables finalidades de mantener con todo cuidado el medio ambiente, proteger la naturaleza, preservar y mejorar la ecología del entorno para que las presentes y futuras generaciones, lejos de encontrar el ocaso y la destrucción, puedan disfrutar de una naturaleza intacta; todo lo cual nos lleva al denominado ‘entorno holístico’ que se debe considerar en la transformación de la Administración pública: el que toca al individuo y a la naturaleza. Recientemente se han impulsado modelos administrativos como la Nueva Gestión Pública, la Reinención del Gobierno, y la Administración de Calidad Total” (cfr. Márquez Gómez, Daniel, *op. cit.*, p. 79, con cita a Pichardo Pagaza, Ignacio, *Modernización Administrativa. Propuesta para una reforma inaplazable*, México, el Colegio Mexiquense y Facultad de Ciencias Políticas y Sociales UNAM, 2004, pp. 371 y 372).

¹¹ Con relación a las intersecciones entre transparencia y procedimiento administrativo sugiero ampliar en: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 117 y sigs. y 197 y sigs. Merecen especial consideración las reflexiones de la Profesora Ivanega en torno al impacto de la ética pública y los instrumentos de lucha contra la corrupción sobre las normas troncales del derecho administrativo contemporáneo. En gran medida el núcleo de mi trabajo, al propiciar la efectividad de los postulados democrático-deliberativo-participativos, procura inscribirse dentro del pensamiento de la autora, quien nos enseña: “La transparencia pública, a nuestro entender, refleja el valor de la verdad y, por ello, frente al despilfarro y al nepotismo debe ser exigible tanto a los funcionarios públicos como a los individuos que desde el ámbito privado interactúen con ella. Ese principio ha de ser impuesto tanto en la determinación de las políticas públicas, como en la gestión y en el control, éste en todas sus versiones” (obra y autora citada, p. 79). En parejo orden, para una visión omnicomprendensiva de la cuestión y su reflejo en las instituciones del derecho procesal administrativo, sugiero ampliar en: García Pullés, Fernando, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004, pp. 16 a 18, 93 a 102 y especialmente en pp. 329 y sigs.

¹² Ampliar en Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo y Padilla, Roberto, *Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

En segundo término, es necesario profundizar en la implementación de las Tecnologías de la Información al Procedimiento Administrativo¹³, todo lo cual –al centrarse en el primer objetivo de “despapelizar”– también conlleva un profundo cambio cultural porque trastoca los inveterados usos forenses y las principales instituciones procesales, desde siempre pensadas para y desde el hoy llamado “soporte papel”. Sin duda, abandonar el papel implica también una profunda innovación a la que deberemos acostumbrarnos, nosotros, los abogados. No se me escapa que éste aspecto concreto se inscribe dentro de una problemática mayor de larga data como lo es la atinente al gobierno electrónico y la búsqueda de estrategias más eficientes acordes a los tiempos¹⁴.

Y, en tercer lugar, la necesidad de determinar las transformaciones que debieran seguir operándose sobre el procedimiento, a partir del impacto en el plano constitucional de los postulados de la forma de gobierno democrático deliberativa y participativa. Adviértase que algunas de sus técnicas fueron especificadas en determinadas cláusulas constitucionales en la reforma de 1994.

Es que tal como enseña la Profesora Estela Sacristán, “la evidencia emergente de los resultados textuales de la reforma de 1994, plasmados en el texto constitucional, muestra que fue intención del constituyente lograr una mayor participación. Así, parecía reflejarse la esperanza o expectativa de todos, en especial –entiendo– ante el regreso de la democracia que se había operado en 1983. Parecía un paso posterior necesario en el plano institucional”¹⁵.

Pero principalmente, estos postulados contenidos en la apuntada forma de gobierno abierta se inscriben en un plano, acaso, superior: en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que reconocen, como una exteriorización actual y palpable, el desarrollo de mecanismos procedimentales de participación de la sociedad civil y los distintos sectores involucrados en

¹³ El citado informe del Secretario General de Naciones Unidas A/60/114 resalta la importancia de desarrollar mecanismos que posibiliten optimizar la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones a la gestión interna y a los procesos externos de prestación de servicios, a los que considera “elementos predominantes en los sistemas de Administración pública bien establecidos”. Precisamente, es útil remarcar que en los términos del documento la revitalización entraña sencillamente la reorientación de los procesos internos hacia las demandas externas. En su numeral 24 se expone como una de las razones para revitalizar los sistemas administrativos: “b) Aplicar las tecnologías de la información y las comunicaciones para mejorar los procesos de gestión interna y los sistemas de prestación de servicios externos, así como promover la automatización de la Administración pública (especialmente en el caso de sistemas de administrativos sólidos y en situación de cambio rápido)”.

¹⁴ Al respecto abundan numerosos documentos, testimonios y acciones promovidas por organismos y redes inter y transnacionales desarrolladas durante la última década. A título meramente indicativo y sirviendo a la finalidad de este trabajo creo importante remitirme a los contenidos de la “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico” de la CLAD, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (<http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/CARTA%20IBEROAMERICANA%20DE%20GOBIERNO%20ELECTRONICO.pdf>).

¹⁵ Sacristán, Estela, “Participación en el procedimiento administrativo: audiencias públicas”, en AA. VV. *Procedimiento Administrativo, a 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2015, p. 25.

la toma de decisiones, las categorías de legitimación abiertas y el reconocimiento de la multilateralización de las cuestiones abordables en distintas clases de procedimientos¹⁶.

Claramente el cambio o el paso del histórico paradigma democrático representativo –que alumbró al constitucionalismo tradicional– al nuevo constitucionalismo humanitario de sesgo democrático participativo, va impactando progresivamente a las principales instituciones troncales del procedimiento administrativo, trastocándolas y perfilando –casi imperceptiblemente– una singular cantidad de contenidos normativos a reformar, que quiero invitar a discutir *de lege ferenda* en orden a todas estas nuevas racionalidades a las que entiendo se orienta el nuevo procedimiento administrativo del siglo XXI.

En todo ello se permite vislumbrar con mayor o menor perceptibilidad, dependiendo los contextos, que acaso el procedimiento administrativo esté, hoy, superando el cuño procesal-judicial-privatista originario de carácter bilateral asentado sobre la dialéctica relación adjetiva actor-demandado tributaria de la relación jurídica sustancial acreedor-deudor de fuerte sesgo litigioso y, acaso, adversarial. Vemos, en cambio, que el procedimiento del siglo XXI viene perfilándose no ya más como bilateral sino progresivamente multilateral, siendo que las antiguas herramientas litigiosas van abriendo paso cada vez más a una dinámica más negocial en busca de consensos y articulaciones entre todas las partes involucradas. Ello es en la creencia cada vez más enraizada de que todas las partes convergen en la determinación de un interés público que ya no reconoce más a la Administración pública como su vicaria exclusiva. De esta manera tenemos que, cada vez más, los procesos de formulación de políticas públicas, toma de decisión e incluso en los de revisión, nos encuentran dentro de procedimientos administrativos más abiertos, más democráticos y participativos.

III. Recuperar el principio de colaboración

En mi opinión, hay una debilidad que aqueja por igual al proceso judicial y al procedimiento administrativo determinada por un déficit propio de nuestra cultura jurídica afincada en el sesgo claramente adversarial o controversial que atraviesa a las principales instituciones de nuestro derecho procesal en América Latina¹⁷.

Claramente nuestro sistema procesal –y nuestra cultura jurídica– es marcadamente litigioso y muy escasamente negocial. Identifico al proceso y al procedimiento administrativo precisamente porque este último fue estructurado con las mismas técnicas de defensa y contradicción propias del proceso judicial¹⁸ –las que adoptó casi sin cortapisas–, no obstante

¹⁶ Me remito a mis ideas expuestas en: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en AA. VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, pp. 527-550.

¹⁷ Ampliar en Caivano, Roque, *op. cit.*, pp. 69 a 72, numeral 1.7, “Los abogados y el cambio de perfil profesional”.

¹⁸ Ver Petrella, Alejandra, *op. cit.*, p. 257. Explica la autora que el procedimiento administrativo resultó desde siempre construido sobre la base de los principios propios del proceso judicial –entre ellos, el principio de contradicción y de defensa en juicio–, por lo que, en estos términos, los derechos de raigambre constitucional requieren ser incorporados y garantizados en términos ciertos y efectivos.

declamarse su distinción por un objeto y finalidad afincados en la inveterada postulación de que, mientras éste procura aunar los intereses particulares con el interés público mediante la puesta en acto del principio de colaboración¹⁹, aquél presupone una contienda con pretensiones delimitadas por partes debidamente apersonadas ante un tercero imparcial.

Esta identidad es tan marcada que encontramos pocas distinciones trascendentes entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, de suerte que la más significativa finque en el criterio de unidad de vista que impera en el procedimiento, postulando que, desde su inicio hasta la decisión administrativa, se cumpla un único hito procesal, a diferencia del proceso jurisdiccional estructurado por etapas preclusivas. Pero aún así, inclusive ésta diferencia no hace más que demostrar identificación en su sesgo litigioso controversial y la escasa presencia de incentivos institucionales de naturaleza conciliatoria y negocial. Se agrega que el sistema interamericano de derechos humanos mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana –muy positivamente– reforzó la apuntada identidad al promover la vigencia del derecho a las garantías del proceso judicial, consagrado en los Artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al procedimiento administrativo²⁰.

Tengo para mí que la extrapolación de las principales técnicas del proceso judicial al procedimiento administrativo ha proyectado en él la misma percepción adversarial que se rigidiza aún más a partir de la sempiterna y contradictoria rigidez del derecho público tradicional –insita en nuestra cultura jurídica–, que aún hoy –si bien con mínimas modulaciones– sigue aferrándose a la declamada indisponibilidad de unos intereses públicos cuya interpretación solo la Administración está facultada a ser vicaria exclusiva y único efector por intermedio de las también inveteradas técnicas de la *potestas* y el *imperium* que, provenientes del derecho romano²¹, se cristalizaron en la Lex Vespasiani del 69 d.C., y habiendo sido objeto de una matizada evolución milenaria que hunde sus raíces en la

¹⁹ Vale la pena señalar que los fundamentos de la norma de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, de arquitectura muy similar a la nacional, ilustran respecto de que el régimen local de procedimientos administrativos tiene por objetivo “llevar por fin la posibilidad de que la Administración revea sus decisiones con la colaboración del particular evitando, de ser posible, una confrontación en sede judicial”.

²⁰ Ver: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en AA. VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 527 y sigs.

²¹ Ampliar en: Giannini, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Madrid, MAP, 1991, pp. 42 y sigs. y Gaius, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, La Plata, Ed. Librería Jurídica, 1967, pp. 8 y 9. Si bien excede en mucho a este trabajo, la piedra fundamental de lo expuesto en este punto puede encontrarse en la letra de las *Institutas*, que luce exquisita al explicitar: “En cuanto a las normas jurídicas del pueblo romano, las mismas surgen de las leyes, de los plebiscitos, de los senadoconsultos, de las constituciones imperiales [...] (*constitutio principis*), es lo que el Emperador establece por decreto, edicto o rescripto (epístola). Jamás se ha dudado que estas decisiones tengan fuerza de ley, puesto que el poder (*imperium*) mismo del Emperador le es conferido por ley. Ulpiano ratifica lo mismo [...] pero dando la razón jurídica: “[...] aquello que es voluntad del príncipe tiene vigor de ley, ya que por la *lex regia*, llamada también de imperio, el pueblo le ha concedido todo imperio y toda potestad”. Esta *lex* era la que ratificaba los poderes que tenía el Emperador al momento de asumir el cargo y precisamente por tener la suma de ese poder era que podía determinar la vida legislativa de sus súbditos [...]” (cfr. *Institutas, op. cit.*, pp. 6, 8 y 9).

construcción medieval²², han contribuido a blindar al sistema de poder, atravesando al período revolucionario²³ y terminando de consolidar en el último siglo esa robusta coraza –digamos cultural jurídica– normativa, doctrinaria y jurisprudencial sobre la presunción de legitimidad y ejecutoriedad propia de actos administrativos, aún enmarcados dentro de una cultura jurídica mayoritaria de justiciabilidad revisora de carácter restrictivo y solo minoritaria, esporádica, circunstancial y espasmódicamente amplificada por las ratios de la demandabilidad plena *a fuer de* tutela efectiva.

Me pregunto, en este marco de estructuración jurídica tradicional aún fuertemente enraizado en nuestra cultura jurídica, ¿qué lugar efectivo le cabe al principio de colaboración?; ¿qué posibilidad de convergencia existe o cabe entre el Estado vicario del interés público y las necesidades e intereses de la sociedad civil y de la iniciativa privada empresaria?; ¿qué incentivos institucionales reales existen para alentar la articulación, el consenso, la negociación entre los intereses individuales, sectoriales, sociales y económicos con los del Estado?

A pesar de que un análisis en profundidad del tema excede en mucho el presente trabajo y aún a fuerza de repetición o insistencia, conviene decir que no es difícil advertir que perviven contradicciones originarias dentro del sistema procedimental administrativo. Si bien desde siempre se lo pensó como un mecanismo de acercamiento y revisión orientado a la articulación de los intereses, enmarcado en la pretensa abstracción superadora del interés público, lo cierto es que se lo plasma, afinca y articula casi exclusivamente desde las técnicas propias de contradicción y defensa del proceso judicial tradicional.

Es un dato de la realidad que los regímenes de procedimientos administrativos no prevén prácticamente ninguna técnica o instancias de acercamiento real que permitan especificar y traducir dentro del articulado a los grandes principios cardinales en los que se apoyan las finalidades del sistema. Sin especificación concreta de técnicas apropiadas, la colaboración, la eficacia y eficiencia, la buena fe y con ella hasta incluso la confianza legítima y la seguridad jurídica²⁴, quedan a las claras reducidas a una piadosa declamación

²² Ampliar en Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo-I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, en especial pp. 71 y sigs., al explicitar: “La elección del punto de partida o fase histórica de la que debe arrancar la investigación ha sido objeto, en nuestra doctrina, de una polémica de trasfondo político, que ha enfrentado a los autores que pensaban que el estudio histórico del derecho administrativo solo puede partir de la Revolución Francesa [...] a aquellos otros que propugnaban partir de etapas más alejadas en el tiempo por entender que es en ellas y no en la Revolución cuando se gestan las técnicas propias del derecho administrativo [...] nuestro análisis debe partir de épocas más remotas: concretamente, del período tradicionalmente conocido como Alta Edad Media [...] Esta sería la situación en Europa subsiguiente a la caída del Imperio Romano. A partir de ese momento se inicia un estadio de reconstrucción en el que el poder político va trabajosamente afirmándose y enriqueciéndose [...]”.

²³ Ampliar en Santamaría Pastor, *op. cit.* en especial su Capítulo Segundo, pp. 72 a 188.

²⁴ Sugiero ampliar en Brewer Carías, Allan R., “Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela. En particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo”, en *op. cit.*, AA. VV., *Estudios Jurídicos sobre Administración Pública*, pp. 13-44. En especial, al establecer las siguientes conexiones: “De particular importancia es el principio de la buena fe, al cual se vincula el principio

de buenas intenciones, fuera del contexto, de la estructura de la norma de procedimiento y de la racionalidad procesal que las inspira y, con todo ello, carentes de fuerza legal.

Algo similar acontece con los erráticos intentos de desarrollar mecanismos alternativos negociales de solución amistosa de controversias. Tampoco se nos escapa que estos incentivos institucionales negativos acentúan la disfunción apuntada. Por ello creo percibir una debilidad determinada por la histórica contradicción—de la cual el régimen local es tributario— entre las técnicas procesales de estructuración del procedimiento administrativo con un sesgo confrontativo *vis a vis*, sus declamados fines de convergencia y síntesis de los intereses públicos y privados, a partir de un marco facilitador que reconozca al particular como “colaborador” de la Administración y al procedimiento como una instancia facilitadora de un real acercamiento.

Esta concepción latina del conflicto con un tinte litigioso-beligerante, en cuyo seno se ha erigido —y aún pervive— el mito del abogado “agresivo” como perfil ideal, en alguna medida ha desconocido, desalentado y, por ende, no ha sabido articular, el desarrollo de instrumentos concretos que promuevan algún nivel de efectividad a las técnicas de negociación, transacción, mediación administrativa y demás mecanismos alternativos de resolución de controversias, a los que sólo acudimos cuando la oprobiosa cotidianidad nos abruma con una miríada de causas a tratar en expedientes sobreacumulados²⁵. Es un hecho notorio que la demanda de justicia supera geométricamente a la capacidad resolutoria del aparato estatal y judicial²⁶. En todo ello hay, sin duda, un sinnúmero de cuestiones atinentes a la necesidad de propiciar una revitalización, asimismo, del rol del abogado en tanto administrador de conflictos de interés público.

de la confianza legítima y que ha sido reconocido como uno de los que rigen la actividad administrativa, en el sentido de que cuando en las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y los administrados, se han creado expectativas de actuación legítimas, las mismas deben respetar tales expectativas. Los principios de buena fe y de la confianza legítima, por otra parte, están conectados con el de seguridad jurídica que debe también regir la actividad de la Administración del Estado, protegiendo las relaciones entre el Estado y los administrados. [...] La base de este principio recae en la confianza que el comportamiento de la Administración pública genera en el ciudadano, comportamiento que debe seguir el marco legal y estar orientado a la protección del interés público” (obra y autor citado, pp. 16 y 17).

²⁵ Respecto de la necesidad de resignificar al conflicto y reconfigurar el rol latino tradicional del abogado dentro de métodos alternativos de resolución eficazmente estructurados, sugiero ampliar en las enseñanzas vertidas en la ya célebre obra, *Negociación y mediación*, del Profesor Roque Caivano, para quien “el conflicto no siempre tiene una connotación negativa: por el contrario, generalmente es positivo y puede servir para fortalecer relaciones [...] Si logramos comprender lo que realmente significa el conflicto, despojándolo de las culturalmente tradicionales connotaciones negativas, servirá para crecer en nuestras relaciones tanto interpersonales como inter e intrainstitucionales”. (Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo y Padilla, Roberto, *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1997, pp. 116, 117).

²⁶ Ampliar en: Muñoz, Guillermo, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos 27, 1982, pp. 69 y sigs.; “Inmunidad del Poder: La inactividad administrativa”, en *LL*, 1990-B, p. 891, y reeditado en Muñoz, Guillermo y Grecco, Carlos Manuel, *Fragments y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 675 y sigs.

De allí la importancia de comenzar a tematizar de manera integrada las técnicas de actuación del procedimiento administrativo y los mecanismos alternativos de resolución de controversias, dado que –aún en su estado normativo actual– el régimen de procedimiento contempla instituciones que posibilitan la inserción de los métodos alternos *de lege lata*, pero requiere una profunda transformación cultural y una resignificación de los términos dentro de los cuales ha de inscribirse una discusión actual del conflicto, el rol del abogado y la negociación como instrumento.

La superación y capitalización del conflicto es uno de los grandes desafíos del derecho. Lo percibamos o no, la concepción tradicional procedimental es insuficiente porque la preeminencia de la concepción adversarial y su reflejo en los incentivos institucionales negativos es en gran medida la razón –entre otras– que explica –por caso– la pérdida de legitimidad del procedimiento administrativo como real marco de confluencia y colaboración entre la autoridad y el particular –individuo o empresa–, porque precisamente es percibido como una oportunidad procesal inútil.

Por esto es que coincido con quienes postulan la necesidad de reformular la teoría procesal y repensar al conflicto, al rol del abogado y a una de sus técnicas principales de optimización resolutoria: la negociación.

Debemos resignificarlo como una instancia que posibilite, mediante un adecuado abordaje negociador, una oportunidad de desarrollo de mayor entendimiento y sinergia. Negociar es algo más que intentar lograr una solución acordada, presupone una *búsqueda de acuerdos posibles* orientada al *mejor resultado posible*, entendiendo que no presupone una victoria sobre el adversario mediante el ejercicio de un poder de imposición. Éste es solo útil en el corto plazo y absolutamente inútil en relaciones a largo plazo, tales como la ejecución de contratos administrativos de prolongado alcance. Imponer el poder sólo genera ánimo de revancha, se corona mediante estilos confrontativos y opera como catalizador de nuevas divergencias siempre de mayor intensidad²⁷.

Sin embargo, resignificar todos estos elementos para reconfigurar el principio de colaboración requiere, ante todo, de un profundo cambio cultural. Porque, insisto, nuestra realidad administrativa posee un muy cargado y marcado sesgo adversarial con lo cual el reclamo, el recurso y la acción contencioso administrativa, lejos de disolver las tensiones del conflicto o de erigirse en una instancia de acercamiento, articulación y fortalecimiento de vínculos, poseen el serio riesgo de acentuar la escalada de beligerancia y generar nuevos conflictos de mayor intensidad que ahonden más la brecha y distancia entre las partes, las cuales, por tal motivo, perderán la oportunidad de afianzar vínculos de colaboración con el consecuente incremento de costos litigiosos y desperdicios de energías productivas. Ningún cliente empresario –en su sano juicio– quiere un pleito. Prefiere ceder ante el omnímodo poder de imposición estatal, huir a otros escenarios de negocios más promisorios. Reconocerá su error estratégico de invertir en una plaza determinada pero, eso sí, no cometerá dos veces el mismo error.

²⁷ Ampliar en Caivano, Roque, *op. cit.*, pp. 117 y sigs.

IV. Tecnologías de información y procedimiento administrativo

Un aspecto necesario de transformación del procedimiento administrativo y la Administración pública reside en la necesidad de extender y profundizar la implementación de las Tecnologías de la Información en el ámbito del Procedimiento Administrativo. Como se explica²⁸, cada vez más, numerosas actuaciones y tramitaciones administrativas van desarrollándose progresivamente en soporte digital. Muchos trámites se realizan por internet y numerosas notificaciones llegan válidamente por la misma vía y, en muchos casos, nuestras reclamaciones particulares se enderezan de igual modo. Vamos despapelizándonos, tal como nos advirtió a los argentinos el Presidente de nuestra Corte Suprema Federal.

No obstante todo el diseño de nuestro procedimiento administrativo, al igual que el proceso judicial, fue pensado desde el soporte papel y, del mismo modo, los principales institutos procesales, sus técnicas y sus racionalidades se inscriben dentro del paradigma de la escritura en papel. Podremos reconocer que en las últimas décadas se comenzó a discutir e implementar la oralidad en materia judicial general y procesal administrativa en el caso puntual de algunas latitudes suramericanas, pero el caso es que, aún en el mejor escenario, seguimos discutiendo al procedimiento administrativo dentro del marco de la escritura en papel. Creo que llegó el momento de reformularlo y seguir pensándolo desde y para el soporte digital, lo cual comporta un desafío no tanto por el trastocamiento de algunas cuantas reglas e institutos procesales sino, principalmente, por el cambio que producirá sobre los “usos forenses” de nosotros, los antiguos, quienes inveteradamente hemos sido acuñados a fuerza de papel y tinta e “iniciados” –quienes pasamos las cuatro décadas– en el arte de la máquina de escribir.

Y aquí quizás existe el primer inconveniente, el de la resistencia al cambio. Coincido en que la historia de la Administración pública en el tema es la misma que la nuestra a nivel individual o social, reaccionando tardíamente ante los impulsos que le vienen del mundo externo y a veces experimentando por adelantado pero con nuestras limitaciones propias. Venimos todos siguiendo de atrás, en la distancia, lo que la tecnología ofrece en cada momento del mercado. De allí que el proceso de modernización informática es, primero, nuestro y lo será luego de la Administración pública cuando nosotros lo hayamos internalizado.

Pero hay un dato especial que no se nos debe escapar en materia de innovación informática: la necesidad de modernizarse es constante. Los avances tecnológicos son muy veloces, por lo que todo intento de implementación no puede hacerse desde las muy lentas métricas licitatorias tradicionales. Todo ello insume un tiempo muy extenso, tiempo en que la tecnología licitada deviene obsoleta y no se puede concluir razonablemente el negocio sobre las bases originarias, so pena de hacer mal empleo de los recursos públicos.

En este punto sigo la proposición de Gordillo en orden a propiciar el fortalecimiento administrativo de las oficinas técnicas mediante su reconversión en organismos imparciales

²⁸ Ampliar en Gordillo, Agustín, “IT y la modernización de la Administración pública”, en AA. VV., *Estudios Jurídicos sobre Administración Pública*, Jorge Fernández Ruiz, Coordinador, México, UNAM, 2012, pp. 1 a 12.

e independientes para resolver colegiadamente el aspecto técnico, tanto del *software* como en *hardware*, de todo el proceso de digitalización de la actividad estatal y la uniformidad de las tecnologías de la información en general. Es decir, orientarnos a fortalecer las oficinas técnicas para resolver con fuerza vinculante todo lo atinente a la aplicación de tecnologías de la información.

Por eso, la Administración y los abogados deberemos dejar de confiar en los expedientes físicos de papel como principal soporte probatorio y documental y pasar al soporte, foliatura y cuerpos digitales. Los expedientes físicos son solo convenientes por un tiempo, pero luego están destinados a desaparecer. La Administración ya no los tiene siquiera cuando pasan diez años y no está en condiciones de defender un pleito con documentación antigua que no conoce ni puede encontrarla. Coincido con Gordillo cuando dice que, tal como progresivamente viene desarrollándose, la Administración deberá aplicar sus esfuerzos de modernización en el desarrollo de su propia *cloud computing* para los expedientes o tercerizar este servicio.

Es un valor compartido que—por igual—la Administración pública y la administración de justicia tienen un problema de gran dimensión como lo es el de focalización del trabajo en “soporte papel”, su reflejo en las normas procesales ordenatorias de los procedimientos más las previsiones en materia de tramitación probatoria y documental, administración y conservación de documentos escritos, con sus consecuentes externalidades afincadas en la sobreacumulación de papel e imposibilidad de contención y resguardo adecuado de los depósitos de almacenamiento. Además, por una limitación física, la información en mero soporte papel perece con éste.

Estamos ya en el camino irreversible de una primera fase determinada por la progresiva expansión de un “primer nivel o primer grado” de “despapelización”: Un buen ejemplo lo constituyen los desarrollos alcanzados en materia de firma digital y la digitalización de expedientes administrativos, junto a la correlativa exigibilidad—que viene imponiéndose en algunos ámbitos— respecto de la obligatoriedad de la digitalización de presentaciones y peticiones de particulares y recurrentes junto con su prueba documental, más los desarrollos—embrionarios— en materia de expediente electrónico y notificación electrónica, con más los mecanismos de difusión electrónica—en muchos sitios de internet de las reparticiones públicas—, tanto de normas, reglamentos y actos generales e individuales de llamados a licitaciones, concursos o demás procedimientos selectivos. Transitada ésta primera fase o el primer tramo del camino de la simple “difusión” normativa electrónica vamos, probablemente, rumbo a su jerarquización como “publicidad” administrativa electrónica, la cual seguramente será exigible en las futuras modernizaciones normativas²⁹.

Esta es una primera fase “empírica” de progresiva implementación de la tecnología en el procedimiento administrativo, que fue puesta en marcha por intermedio de una considerable cantidad de reglamentaciones administrativas “ad-hoc”. Seguramente sería deseable que, en un futuro no lejano, logremos la jerarquización de estas técnicas dentro

²⁹ Cfr. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 9.

de la propia norma madre de un régimen jurídico de procedimiento administrativo, el cual también aspiramos encontrarlo armonizado y jerarquizado en el marco de un procedimiento administrativo acaso comunitario que efectivice un umbral mínimo de simetría en orden a los inveterados siete órdenes de protección que los derechos humanos proveen a los ordenamientos internos de procedimientos administrativos.

V. Pensando el procedimiento administrativo a través de los postulados de la democracia deliberativa y participativa

Avancemos hacia el tercer núcleo: el impacto que debieran tener sobre el procedimiento administrativo los postulados de la democracia participativa deliberativa reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y reflejados en algunas especificaciones contenidas en el articulado de la Constitución Nacional reformada en 1994³⁰.

Sobre estas cuestiones se viene discutiendo abundantemente en los últimos tiempos porque solemos reconocer, como debilidad estructural del procedimiento administrativo vigente, su inadecuación a estas racionalidades acaso inspiradas en el ideario de John Rawls³¹, Jûrgen Habermas³², Carlos Nino³³ y otros autores³⁴.

³⁰ Ampliar en Sacristán, Estela, “Participación en el procedimiento administrativo: audiencias públicas”, en AA. VV., *Procedimiento Administrativo, a 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2015, p. 25. La autora explica: “La mayor participación perseguida. En apretada síntesis, se plasmó en la Constitución de 1994: la iniciativa popular (Art. 39); la consulta popular (Art. 40); la participación de asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas en los llamados organismos de control (Art. 42) [...] la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, con posible concurrencia de las provincias (Art. 75, inc. 17); la participación de la familia y la sociedad asegurada en las leyes de organización y de base de la educación (Art. 75, inc. 19); la elección directa del Presidente de la Nación (Art. 94); la sesión pública para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los jueces federales inferiores (Art. 99, inc. 4°); el dictado del reglamento interior por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Art. 113) que permite, entre otras, las audiencias públicas ante dicho tribunal; las audiencias públicas del Consejo de la Magistratura de la Nación (Art. 114); la participación en la elaboración del estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 129)”.

³¹ Ver Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad, 2002.

³² Ver Habermas, Jûrgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998; *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 2000; *Verdad y justificación*, Madrid, Ed. Trotta, serie Ensayos filosóficos, 2002, para quien “la democracia no es un mero agregado de intereses o preferencias sino un complejo mecanismo deliberativo para definir qué preferencias, qué instituciones, qué políticas públicas están o deben ser justificadas”.

³³ Ver Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 1997, entre otros, para quien la democracia se legitima en la discusión, debate, apertura y participación.

³⁴ Ver, entre otros principales, los siguientes trabajos y obras: Haberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, Madrid, Tecnos, 2002; Pettit, Philip, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad, 1999; Fearon, James, “La deliberación como discusión”, en Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 2001; Porras Nadales, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 50, 1994.

Claramente nuestra cultura jurídica en materia de procedimiento administrativo fue acuñada a la luz de la tradicional forma de gobierno democrático representativa consagrada en nuestra Constitución originaria. La cuestión no es semántica ni fortuita porque –como sabemos– las distintas improntas constitucionales deberían impactar y modular en uno u otro sentido el contenido de una norma de procedimiento administrativo.

Así tenemos que en la democracia representativa, de carácter *estadocentrista*, el poder de decisión se centra en el efector de poder. El procedimiento administrativo es el cauce exclusivo de expresión de una voluntad estatal cuya legitimidad se encuentra asegurada en la legalidad de las formas; por caso, la legitimidad de un contrato administrativo casi exclusivamente se sustenta en la estricta observancia de formas esenciales de corte licitatorio pero desvinculado de las ratios de su contenido.

La Administración pública luce tradicionalmente como vicaria exclusiva de los intereses generales. El órgano y el ente administrativo disponen de amplias facultades y potestades concentradas en una intensa prerrogativa dotada de una ejecutoriedad robusta y un hábito de discrecionalidad muy amplio y cimentado –aún con las cortapisas actuales– que reduce al particular a muy limitadas capacidades de intervención solo necesaria y siempre subsanables, de escasas garantías operables en tiempo real, encorsetadas dentro de ambiguas situaciones jurídicas subjetivas de interpretación restrictiva y a esporádicas convocatorias a ejercer una participación no vinculante, secundaria y siempre con limitados parámetros de control administrativo y judicial de corte exclusivamente revisor, enmarcado dentro de muy limitadas pretensiones procesales condicionadas todas por innumerables vallados formales.

En cambio, la situación es sensiblemente distinta en la forma de gobierno democracia deliberativa participativa que trastoca a la forma representativa. En esta forma, de alguna manera presente en algunos mecanismos contemplados en la reforma constitucional de 1994, los representados tienen mecanismos directos y regulares de inexcusable intervención previa y vinculante estipulados dentro de los respectivos procedimientos administrativos, lo cual implica la integración de los particulares y de la sociedad civil al proceso de toma de decisión, ya que se trata de la legitimación del procedimiento y no de la legitimación a través del procedimiento.

Así esta forma de gobierno ve en la Constitución un proceso abierto, una tarea que debe ir realizándose y que coincide con el principio de que la democracia es un proceso que garantiza la configuración de múltiples alternativas a favor de los diversos grupos de la sociedad. Se moldea de este modo un sistema más horizontal y dinámico que posibilita la inserción del particular y de la sociedad civil de carácter integral y sistemático en las decisiones públicas, respecto del cual los mecanismos de participación ciudadana conforman una exteriorización del componente expuesto³⁵.

³⁵ Ampliar en: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit., especialmente en su Cap. VI “El procedimiento administrativo general”, punto 9 “La participación ciudadana”, pp. 142 y sigs. La autora nos enseña que “este principio se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas y se instaló en diversas dimensiones del vínculo entre los gobiernos y los ciudadanos.

Se parte de una premisa: la regla de la mayoría no garantiza necesariamente la imparcialidad de la decisión. Ésta debe contemplar las posiciones de todos los interesados e involucrados en el conflicto a fin de evitar deslegitimaciones provenientes de su tacha de parcialidad.

De allí que se propicie la llamada colegiación de las decisiones orientada a fortalecer el componente de imparcialidad de una decisión pública a la que se aspira como producto de una participación inclusiva³⁶. También amplía las categorías de legitimación procesal junto con los derechos, las facultades y las garantías procesales de los particulares; reconfigura a las tradicionales formas de *participación* no vinculante –actualmente más cercanas al desahogo que a la efectividad– y las jerarquiza elevándolas al carácter de *intervención* previa y vinculante, al tiempo que reduce considerablemente los condicionantes formales de articulación de peticiones, pretensiones y ejercicio del control administrativo y judicial, ya no reducido a los estrechos parámetros revisores. Por caso, ensambla dentro del régimen general del procedimiento como instancia estructurada, previa y vinculante, las reglas de participación ciudadana, instituciones propias del corte deliberativo participativo, como ser las normas de acceso a la información y audiencias públicas.

Esto último es importante porque el modelo deliberativo participativo entiende que la democracia es una cuestión de procedimientos y resultados y que ambos deben ser públicos, pues, para comprender el resultado, es necesario entender el procedimiento y cómo éste se gesta³⁷. Necesita entonces de la publicidad y de la transparencia porque esas características

La participación forma parte del proceso denominado ‘gobernanza’, que marcó cambios en las sociedades y en los poderes públicos. Con ese término se identifica un modelo de gobierno que, en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado. Como el protagonismo de los poderes públicos cede frente a la integración de la sociedad a los asuntos estatales, este proceso de participación de los particulares, los grupos sociales y las instituciones coadyuva en la formulación de la acción política. En consecuencia, la actuación política se engarza con los múltiples actores públicos y privados en una dinámica de interacción e interdependencia. Se supera la exclusividad de la gestión de los asuntos públicos por parte de los poderes públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad y se reconoce la pluralidad de agentes sociales que participan y cooperan en la toma de decisiones, en la gestión, en la evaluación y en las responsabilidades”.

³⁶ Ver, Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 59, para quien “la estructuración del modelo participativo deliberativo centrado en la ‘Colegiación de las Decisiones’ presupone: 1º) la necesidad –para un proceso de toma de decisión pública– del conocimiento de los intereses y necesidades de otros, recabándose consecuentemente la necesaria inclusión de todos los sectores de la sociedad en la deliberación pública con el propósito que los individuos tengan oportunidad de tomar decisiones que les ayuden a dar un orden de preferencia en sus intereses; 2º) la subsecuente necesidad de presentar los intereses, necesidades y preferencias dentro de un marco de argumentación y justificación amplia; 3º) la necesidad de desarrollar atributos de consenso y no de negociación entendida en términos de meros intercambios no representativos de las reales aspiraciones de los sectores involucrados”. Asimismo, ampliar en Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, serie: Filosofía del Derecho, 1997, pp. 154 a 198.

³⁷ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo participativo deliberativo”, en *Cuestiones constitucionales*, num. 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, julio-diciembre 2004, p. 75. Como explica el autor: “[...] lo importante es que las decisiones públicas sean cuestionadas, mientras más, mejor. De acuerdo con éste modelo, un gobierno será democrático, un gobierno representará una forma de poder controlado por el pueblo, en la medida en que el pueblo, individual o colectivamente, disfrute de la permanente posibilidad de disputar o deliberar las decisiones de los órganos del Estado” (obra y autor citado, p. 65).

favorecen el control por los particulares y la sociedad civil y la rendición de cuentas, al tiempo que promueven las condiciones para que los distintos sectores se involucren desde sus inicios en la formulación de las políticas públicas.

De esta manera, puede afirmarse que en el plano constitucional se encuentra a los ciudadanos y a la sociedad civil integrados a un poder público, ya no más sujeto titular exclusivo de la formulación e implementación de las políticas públicas—operando un deseable y consecuente empoderamiento de la sociedad civil—, al posibilitar a los particulares y actores de la sociedad civil un nivel superior de intervención efectiva que los prefigure como *sujetos activos con capacidad de intervención en la toma de decisión* y no meros *sujetos pasivos destinatarios de las decisiones con capacidad de limitada revisión*³⁸. Sería entonces deseable que el plano normativo, la norma concreta de procedimientos administrativos, logre especificar estos contenidos y aspiraciones en el marco de un régimen de procedimientos concreto y posible.

Es que tal como enseñó la Profesora Estela Sacristán, en oportunidad de analizar el procedimiento administrativo de audiencia pública: “[...] en última instancia, se trata de lograr que se ‘democratice’ la decisión del funcionario no votado o, tal vez, que se logre ‘legitimar’ la decisión de una cuenta o fondo no subjetivable. Tal democratización o legitimización—si se permite el neologismo—no hace sino colocar a las personas comprendidas en los efectos de la medida de alcance general, en un plano de tratamiento digno. Hacemos votos porque, en el futuro, se hallen nuevos fundamentos para que se logre el mentado fundamento”³⁹.

VI. Prospectiva

A la luz de los tres órdenes de cuestiones brevemente trazados identifico las siguientes necesidades de desarrollo del procedimiento administrativo:

Primero, transparentar los ciclos de diseño e implementación de políticas públicas, reglamentos y actos individuales desde su formulación, comprendiendo su fase previa e inicial y sus actos preparatorios, traducido ello en la necesidad de extender y especificar las previsiones normativas sobre mecanismos de publicidad para facilitar la toma de conocimiento y el acceso a la información efectivo. Hoy, la tecnología de la información hace posible transparentar todos los ciclos de gestión, desburocratizándolos y es, por otra parte, inestimable vehículo de canalización de las peticiones individuales y la participación.

³⁸ Tal como explica el Profesor Daniel Márquez Gómez: “[...] se deben desechar las estructuras verticales de corte autoritario y avanzar hacia estructuras horizontales más democráticas, con la presencia de cuatro grandes rubros administrativos: el humano, el científico técnico, el de conciliación y el de control, sin que la clasificación implique disociación entre ellos [...] Al rubro de conciliación le correspondería la gestión de la gobernabilidad, la búsqueda de los consensos entre los individuos y el arbitraje de sus diferencias con esquemas ético-políticos, apoyados en técnicas de resolución de conflictos de orden normativo” (obra y autor citado, p. 92).

³⁹ Sacristán, Estela, “Participación en el procedimiento administrativo: audiencias públicas”, en AA. VV. *Procedimiento Administrativo, a 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2015, p. 35.

Segundo, efectivizar las categorías de legitimación procesal de carácter colectivo mediante el desarrollo de previsiones que les brinden tratamiento especial, preestablezcan sus alcances y distingan los supuestos ordinarios de participación que carecen de vinculatoriedad respecto de otros que sí la poseen y que, por tal motivo, no traducen participación sino intervención dada su virtualidad, trascendencia y aptitud para engendrar derecho a decisión fundada.

Tercero, en orden al afianzamiento del cardinal derecho humano a la buena Administración, se debe propiciar la reformulación de la teoría del acto administrativo principalmente extendiendo la fuerza expansiva de su normación a todos los actos de gobierno que revistan interés jurídico con derogación de toda rémora perviviente de cuestiones no justiciables y de zonas de reserva, resignificando la discrecionalidad y especificando las concretas técnicas que posibiliten su control efectivo. En parejo orden se determina la necesidad de reconfigurar los elementos esenciales de validez del acto mediante el fortalecimiento del deber de motivación circunstanciado, para procurar aventar las tautológicas desinterpretaciones de la discrecionalidad. También, preestableciendo cuáles clases de actos se encuentran al amparo de la presunción de legitimidad y su ejecutoriedad propia, especificando los requisitos de configuración con limitación de su alcance según pautas de trascendencia, entre muchos otros aspectos a revisar.

Cuarto, integrar los distintos regímenes en materia de audiencias públicas, acceso a la información y elaboración participada de normas –entre otros– dentro de la norma de procedimientos administrativos, en un cariz dialógico para optimizar su interdependencia, indivisibilidad y progresividad en tanto mecanismo promotor de la efectividad del sistema de derecho, enmarcados en una democracia sustancial.

Quinto, fortalecer normativamente al principio de colaboración mediante la especificación de sus contenidos y técnicas de acercamiento concreto que sirvan de base a la apertura de instancias contenedoras del desarrollo de mecanismos efectivos de negociación, incluso en fases preparatorias para fingir como auténticos medios preventivos de conflictos.

VII. Invocación final

Creo que a esta altura de los tiempos, promediando la segunda década del siglo XXI, nos debemos un debate abierto que nos permita fortalecer las actuales bases de legitimidad de nuestro procedimiento administrativo. Transformarlo, en mi opinión, requiere ante todo una reflexión crítica y previa. Presupone reconocer que muchas veces hablamos de los derechos pero los pensamos desde el poder; ponderamos la tutela efectiva pero al mismo tiempo hemos justificado las cortapisas procesales; hemos repelido la corrupción pero olvidando que muchas veces la interpretación de nuestro derecho público la promueve; hemos bregado por el imperio de las formas esenciales pero postergamos la discusión de los contenidos y las sustancias; y finalmente propiciamos el cambio y la modernización de nuestros sistemas pero seguimos olvidando la originalidad de nuestro derecho público⁴⁰.

⁴⁰ Es justo y necesario concluir las últimas líneas de mi trabajo recreando las palabras de homenaje que el Profesor Juan Carlos Cassagne –al evocar la época en que fue sancionada la Ley de Procedimiento Administrativo y

DESDE LOS DERECHOS

Para concluir, les diré que como me resisto a creer y a sentir que ese anhelo de democracia, participación y deliberación que debieran iluminar nuestro paso *ex umbra in lux* al nuevo derecho público del siglo XXI quede reducido a un arrumbado catálogo de piadosas intenciones, es que remataré mis palabras con algunos versos del “Elogio de la dialéctica” y del “Elogio del estudio”, de Bertolt Brecht y junto con él proferiremos la siguiente provocación: “¡No temas preguntar, amigo mío! Ni tampoco te dejes convencer; Compruébalo todo por tú mismo, porque lo que no sabes por ti, no lo sabes; Repasa la cuenta, porque tú tienes que pagarla. Y apunta con tu dedo a cada cosa para preguntar: ¿Y esto por qué? Por eso quien aún esté vivo que no diga nunca ‘jamás’; Porque ‘lo firme’ no es firme y porque ‘todo’ no seguirá igual”. Que así sea.

su sentido histórico– dedicó a los Padres Fundadores de nuestro derecho público argentino, al decir: “Si el tiempo de una ley incluye captar lo ocurrido antes de su sanción porque, en cierto sentido, refleja el proceso de formación de sus elementos fundamentales, no puede ignorarse la influencia que han tenido en dicho proceso [...] algunos de los artífices del derecho administrativo argentino –como fueron Lucio V. López, Rodolfo Bullrich, Rafael Bielsa, Félix Sarría, Benjamín Villegas Basavillbaso, Manuel María Diez, Bartolomé Fiorini y Jorge Tristán Bosch. A ellos y, sobre todo a Juan Bautista Alberdi, les debemos muchas de las construcciones más estables de nuestro derecho público” (Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 3).

FUNDAMENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*“Para usted que ya no la tiene, la libertad es todo.
Para nosotros que sí, es meramente una ilusión”.*
(Emil Cioran)

I. Erigiendo una babel participativa

Existe consenso en reconocer que—en una acepción general—participar implica distintas formas de verificar “la intervención de la sociedad civil en la esfera de lo público” y que el término participación es utilizado para explicar la incidencia de los distintos colectivos sociales o sectoriales, de personas individualmente consideradas y de grupos sociales, en las diferentes etapas en las que se resuelven asuntos de interés público, es decir, en la consulta, discusiones, planteo de propuestas, y todo tipo de actividades en las cuales interrelacionan el Estado y los ciudadanos para el progreso de la comunidad¹.

Ahora bien, el simple relevamiento de las técnicas existentes, sus distintas denominaciones y acepciones, unido al frecuente carácter disímil que ostentan, nos muestra un panorama de singular desorden debido a la existencia inconexa de numerosos mecanismos y subsecuentes categorizaciones conceptuales de participación ciudadana, cívica, pública, comunitaria o social, participación electrónica², con más iniciativas de sociedad civil que en otras latitudes

¹ Cfr.: Guillen, A.; K. Sáenz, M.; H. Badii y J. Castillo, “Origen, espacio y niveles de participación ciudadana”, Daena: *International Journal of Good Conscience*. 4(1): 179-193. Marzo 2009. ISSN 1870-557X, siguiendo a Cunill, Nuria, “Participación ciudadana, dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos”, *CLAD*, Venezuela, 1991 (searchworks.stanford.edu/view/2848818).

² Ver: AA. VV., ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, “Instituciones Públicas y Gobierno Digital”. “Participación electrónica es acerca de cómo fomentar la participación cívica y la gobernanza participativa abierta a través de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC). La creciente evidencia apunta a la rápida expansión de la Participación electrónica como herramienta para la participación y la colaboración fortalecida entre los gobiernos y los ciudadanos. Su objetivo es mejorar el acceso a la información y a los servicios

de origen asumen formas de *citizen participation* o *citizen engagement*³ y cuya estructuración reviste algunas afinidades y sutiles distinciones –acaso, no del todo predicables en nuestro contexto– sobre las que brevemente conviene pasar revista a modo introductorio.

Ambos conceptos pueden resultar similares pero se diferencian por la distinta visualización del rol de los ciudadanos, en el cual el *engagement* resulta más inclusivo en orden a remarcar que en tales procesos el ciudadano se integra en un proceso de largo plazo. En cambio, en el *participation* el ciudadano no se integra. Se lo escucha y se atiende su posición sin estructurar un vínculo mediante el cual la ciudadanía efectivice su influencia en los procesos⁴.

Se sostiene que la clave en la distinción radica en que en el *citizen engagement* se exige de los ciudadanos un diálogo activo entre ellos y los decisores públicos traducido en intercambios, mientras que la participación puede solo sustentarse en intervenciones unilaterales de los particulares sin sesgo dialógico. No están iniciados por los mismos actores. El *citizen engagement* se traduce en una relación vertical entre el poder y la ciudadanía instada por un cuerpo gubernamental que alienta a los ciudadanos a discutir, evaluar políticas públicas o contribuir al diseño de proyectos. Reviste, por consiguiente, sustancia formal afincada en técnicas por las que la ciudadanía se involucra en el proceso decisor.

En contraste, el *citizen participation* se genera a iniciativa de la ciudadanía, propiciando una relación inversa en la que se reconoce a las bases de la sociedad su aptitud para promover iniciativas y acciones públicas al poder. Evidencia una naturaleza informal sin reglas de actuación preestablecidas, útiles para propiciar iniciativas locales pero insuficientes para conglobar a la ciudadanía en la definición de políticas públicas (en contextos institucionales, de distinta estructura jurídica, donde es requerida). Sus principales desafíos centran la utilidad del *engagement* para determinar qué es importante para los ciudadanos, persuadirlos a involucrarse activamente y suministrarles información suficiente para adoptar decisiones fundadas.

En cambio, el principal desafío del *participation* es la movilización de suficiente apoyatura ciudadana orientada a implementar nuevas políticas públicas que requieran mayores niveles

públicos, así como promover la participación en la formulación de políticas, tanto para el empoderamiento de los ciudadanos como para el beneficio de la sociedad en su conjunto [...] En las últimas dos décadas, las tecnologías de información y comunicación (TIC) han evolucionado de forma espectacular en la transformación de las sociedades, culturas y economías. El mundo ha sido testigo de los cambios provocados por el rápido avance de las tecnologías en el ecosistema de las TIC, tales como las redes sociales, los grandes datos y la Internet de las Cosas. Las tecnologías móviles y conectividad de banda ancha, ya generalizadas en los países desarrollados, se están desplegando rápidamente en los países en vías de desarrollo y mercados emergentes. Las redes sociales han hecho cambios profundos y los impactos sobre las formas en que interactúan entre sí y con sus gobiernos. Los datos abiertos del gobierno y la computación en nube, junto con el consumismo de dispositivos móviles, han enriquecido aún más el ecosistema” (en: <https://publicadministration.un.org/es/eparticipation>).

³ Ver Garrigues, Julie, “What is the difference between Citizen Engagement and Participation?”, en www.citizenlab.co, al explicar desde –y para– su propio contexto (todo lo cual requiere necesarias adecuaciones conceptuales previas) las similitudes y diferencias entre ambos mecanismos.

⁴ Ver: Trabajo citado. Además, ver: Community Engagement, Public Participation, Civic Engagement – Let’s define these term (www.socialpinpoint.com).

de legitimidad y concientización ciudadana (ciertamente, válido en contextos que requieren cimentadas justificaciones de toda propuesta de expansión de ejercicio de potestades estatales singulares o reglamentarias por las que, de alguna manera, se module el ejercicio de derechos de primera generación). Ejemplos frecuentes de *citizen engagement* se encuentran en los procedimientos preestablecidos como el presupuesto participativo. En cambio, la participación se basa en espontáneas iniciativas y peticiones de ciudadanos y vecinos de mayor utilidad en el nivel local pero de menor efectividad institucional en niveles superiores.

Cierto es que las variadas formas de participación desarrolladas –y acaso sustituidas unas por otras bajo la fugacidad de la vigencia de los dictados de la moda– se verifican en la actualidad a través de modalidades como ser el gobierno electrónico, el gobierno abierto⁵, llegando a la fórmula de Estado abierto dentro de las que convergen técnicas de parlamento abierto y justicia abierta⁶. A lo dicho cabe agregar la afinidad conceptual existente entre todos estos mecanismos⁷ que queda expuesta en la estructura y justificación del modelo de gobierno abierto, acaso una de las técnicas más exitosas y recientes. Propongo abordarla seguidamente.

1.1. Gobierno abierto

Esta noción cobró fuerza a partir de la labor que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) realiza sobre gobernanza pública desde 2005 y que se ve reflejada en una extensa serie de documentos, informes generales y estudios sectoriales por región y país⁸. Define el gobierno abierto como “una cultura de gobierno centrada en

⁵Ver: Biblioguías-Biblioteca de la CEPAL (<https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/concepto>). Ver: trabajo citado: “De Gobierno Abierto a Estado Abierto, ¿De qué hablamos?” (<https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/ConceptoEstadoAbierto>).

⁶Ver: AA. VV., Naser, Alejandra; Ramírez-Alujas, Álvaro y Rosales, Daniela (editores), “Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe”, Libros de la CEPAL, N° 144 (LC.PUB.2017/9-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017.

⁷Ver: Llinares, Javier, “Las 10 claves para entender la colaboración en el Modelo Open Government”, en AA. VV., Calderón, César y Lorenzo, Sebastián, Coordinadores, *Gobierno Abierto*, p. 51, al decir: “En definitiva, son prácticas gubernamentales que no aparecen como nuevas, y que incluso somos capaces de identificar cuando se produjeron anteriormente. Sin embargo, por primera vez se exponen todas ellas juntas y reclamando una nueva forma de gobernar, una nueva forma de entender las relaciones y el papel que se juega ante la ciudadanía. Porque todas ellas juntas y así expresadas, como Open Government, tienen más que ver con una actitud y una forma de entender el rol que se debe jugar, que con una forma concreta de practicarlo”.

⁸Ver: OCDE (2015), “Gobierno Abierto en América Latina, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública”, OECD publishing (<https://read.oecd-ilibrary.org/governance/>). En su informe sobre Chile, explica: “Los Informes de Gobernanza Pública de la OCDE (Scan Report) son la versión abreviada de los Estudios de Gobernanza Pública (EGP), que proporcionan a los gobiernos una perspectiva de 360 grados sobre la capacidad que tienen los gobiernos para cumplir sus objetivos. Basados en el sólido enfoque metodológico de los EGP, estos informes tienen como objetivo entregar un diagnóstico en un período de tiempo acotado y en un formato más conciso. La recopilación de datos se realiza a través de encuestas de la OCDE y se complementa con una misión de estudio en el país”. Ver: *Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE*. Chile. Informe: La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente (<https://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>).

el ciudadano, que utiliza herramientas, políticas y prácticas innovadoras y sostenibles para promover la transparencia, la capacidad de respuesta y la rendición de cuentas del gobierno para fomentar la participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo”⁹.

Se trata de una anhelada práctica asentada en la “transparencia en las acciones del gobierno, el acceso a la información y la receptividad gubernamental a las ideas, demandas y necesidades que plantean los gobernados” y se dice que “surge como un nuevo paradigma y modelo de relación entre los gobernantes, las Administraciones y la sociedad: transparente, multidireccional, colaborativo y orientado a la participación de los ciudadanos tanto en el seguimiento como en la toma de decisiones públicas, a partir de cuya plataforma o espacio de acción es posible catalizar, articular y crear valor público desde y más allá de las fronteras de la burocracias estatales”¹⁰.

Es decir, el gobierno abierto es “aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de escuchar lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y teniendo en cuenta sus preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta, y que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente”¹¹.

Se parte de la premisa de que estamos en un momento en que la *intermediación*, que es lo que caracteriza a la democracia representativa, está desapareciendo y siendo sustituida por la *integración*, mediante la figura del *integrador* en el que la Administración ejercería la función de facilitador de procesos que debieran ir siendo progresivamente cumplidos por efectores ciudadanos en la medida en que la ciudadanía esté preparada para conseguir mejoras factibles y realizables sin necesitar la tutela del Estado protector¹².

Se elogia esta modalidad diciendo que “el gobierno abierto es una nueva forma de gestión pública”¹³ y que se presenta ante nosotros como un nuevo marco que debe impregnar

⁹ Ver informe citado: *Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE*. Chile. Informe: La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente, p. 4.

¹⁰ Ver: Biblioguías, sitio de internet citado y ampliar en la obra citada de Naser y Ramírez Alujas.

¹¹ Ampliar en: Calderón, Cesar y Lorenzo, Sebastián, Coordinadores, *Gobierno Abierto*, Alcalá, Algón Editores, 2010.

¹² Cfr. Llinares, Javier, “Las diez claves para entender la colaboración en el modelo open government”, en: Calderón, Cesar y Lorenzo, Sebastián, Coordinadores, *Gobierno Abierto*, *op. cit.* Añade el autor: “En este modelo, la Administración pública ejercería de facilitador del proceso, además de garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, tareas indelegables y propias de la Administración, cambiando su papel de intermediario por uno de facilitador y de seguidor de los intereses reales de la ciudadanía”.

¹³ Es así que el paradigma de gobierno abierto constituye un eje fundamental para cumplir con los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, cuyo objetivo consiste en configurar un nuevo marco de gobernanza pública y una renovada arquitectura estatal que permitan promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces, responsables e inclusivas que rindan cuentas.

todos los aspectos públicos. Se elogia al gobierno abierto ensalzándolo como la matriz que articula todo el proceso de gestión pública. La planificación, el presupuesto, la ejecución y el seguimiento y evaluación de políticas públicas deben estar basados en este nuevo paradigma¹⁴.

En todas estas prácticas los fundamentos que las sustentan reconducen al tantas veces declamado ideal de “un Estado transparente, que proporciona información sobre sus acciones, que pone a disposición sus fuentes y bases de datos y que publica sus planes y estrategias de desarrollo de contenido real a sus responsabilidades frente a la sociedad” unido a la aspiración de fomentar y promover “la rendición de cuentas ante la ciudadanía, una permanente vigilancia por parte de la sociedad y una mayor corresponsabilidad”¹⁵.

Resulta de interés que la visión dominante postule el desarrollo de este modelo a partir de cuatro principios fundamentales de largo asentamiento en nuestra cultura jurídica y administrativa, a saber: 1º) transparencia, en la que se contiene el acceso a la información; 2º) rendición de cuentas; 3º) colaboración y 4º) participación¹⁶.

Ello se comprende debido a que una adecuada interrelación de éstos principios dentro de un marco que les brinde efectividad es que puede permitirse el anhelado intercambio permanente entre gobierno y ciudadanía que postula este modelo de inserción de las personas y sociedad civil en la gestión pública.

1.2. Tecnología, Big Data y Open Data

El enorme poder de intercambio y transferencia en tiempo real que posibilita Internet y las TICs hacen que estos modelos sean posibles.

En este punto, es importante remarcar la importancia de la fenomenología del Big Data y el Open Data sobre la generación, selectividad, sistematización y análisis de los datos e información pública comprensiva de la actuación de los tres Poderes. Es un componente insoslayable en todo desarrollo de mecanismos participativos, tanto en sus nuevos horizontes y también en los nuevos riesgos que se plantean.

¹⁴ Cfr. AA. VV., “De gobierno abierto a estado abierto/Gobierno abierto en la CEPAL”, Biblioguías Biblioteca de la CEPAL (<https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/ConceptoEstadoAbierto>).

¹⁵ Cfr. V.V.A.A., “De gobierno abierto a estado abierto/Gobierno abierto en la CEPAL”, Biblioguías–Biblioteca de la CEPAL (<https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/CEPALyEstadoAbierto>), con remisión al citado trabajo de Naser y Ramírez Alujas. En simetría, ver: Calderón y Lorenzo, *Gobierno Abierto*, *op. cit.*

¹⁶ Ver: Naser y Ramírez Alujas, *op. cit.*, p. 40, quienes brindan justificación en éstos términos: “La promoción de estos principios contribuye a fortalecer los sistemas democráticos, a incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, a potenciar el compromiso cívico y a mejorar la calidad y efectividad de los gobiernos y sus administraciones pública”.

Mediante la expresión “Big Data” se busca aludir al fenómeno de generación de una gran cantidad de datos que no pueden ser procesados y administrados por los sistemas habituales. Propone un consecuente cambio de prácticas selectivas de datos e información, en donde se hace posible extraer información que no es evidente ni a simple vista ni con la información estructurada¹⁷. Por esto es que se explica al Big Data como el conjunto de activos de información que se caracteriza por su alto volumen, velocidad y variedad, y que demandan soluciones innovadoras y eficientes de procesamiento para la mejora del conocimiento, la accesibilidad y la toma de decisiones¹⁸. Y por Open Data se entiende una “estrategia de datos abiertos” que se considera “clave de éxito” de los Estados para poder identificar las principales demandas del ciudadano en un mundo cada vez más interconectado¹⁹.

El Open Data se explica entonces como una de las formas de conectar el Big Data con la Administración: datos que pueden ser utilizados, procesados y distribuidos por cualquier persona de forma libre²⁰.

¹⁷ Cfr. Sánchez Bocanegra, Carlos Luis; Pérez Costa, Luis y García Moreno, Carmen, “¿Big Data en la Administración pública?”, en “En red 2.0, Revista digital por y para empleados de la junta de Andalucía” (<https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2018/10/21/big-data-en-la-administracion-publica/>). Los autores remarcan la idea de que: podemos afirmar que el *Big Data* se sustenta en las “4 Vs”: “Volumen, Variedad, Velocidad y Veracidad”. Volumen: gran cantidad de datos provenientes de diferentes fuentes de información. Variedad: Los tipos de datos utilizados tienen distintos formatos. Algunos son estructurados, otros no estructurados y otros semiestructurados. Velocidad: Análisis en tiempo real de los datos y con respuesta inmediata. Veracidad: Debe de trabajar con datos confiables, actualizados y reales”.

¹⁸ Cfr. Douglas, Laney, “3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety”, citado por Amoroso Fernández, Yarina; Costales Ferrer, Déborah, “Big Data: una herramienta para la Administración pública. Ciencias de la Información” [en línea], 2016, 47 (septiembre-diciembre) (Ver: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181452084001>). Explican los autores que el fenómeno del Big Data requiere “ser asimilado por los organismos públicos para incorporar a las soluciones transaccionales de la gestión digital de sus procesos herramientas de Big Data que les permitan evolucionar y avanzar en sus capacidades de gestión y análisis de la información que poseen, gestionan e intercambian con otras instituciones y consecuentemente mejorar los servicios que brindan al ciudadano. Gobierno electrónico, Big Data y Open Data (GOB), constituyen una relación de desarrollo social”.

¹⁹ Cfr. Amoroso y Costales (obra y autores citados). Explican: “La apertura de los datos al público es el principal elemento para que el ciudadano se formule interrogantes y criterios de carácter innovador y transformador; con la liberación de los datos por parte del gobierno el ciudadano no solo es un sujeto transformado por derecho, sino que pasa a formar parte de los sujetos transformadores de hecho”.

²⁰ Cfr. Sánchez Bocanegra, Carlos Luis; Pérez Costa, Luis y García Moreno, Carmen, “¿Big Data en la Administración pública?”, en “En red 2.0, Revista digital por y para empleados de la junta de Andalucía” (<https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2018/10/21/big-data-en-la-administracion-publica/>). Explican: “Cuando se habla de datos abiertos, se está haciendo mención a: Disponibilidad: la información es accesible. Reutilización: la información se puede gestionar y distribuir, incluso incluirlo con otros conjuntos de datos. Transferencia de conocimiento (sharismo): Filosofía propuesta por Isaac Mao, que propone el intercambio de contenido e ideas generados por el usuario. Participación universal: La información debe promover la comunicación sin discriminación alguna en términos de esfuerzo, personas o grupos”.

Entiendo de importancia analizar la irrupción que estas técnicas y nociones producen sobre la gestión de la información pública y la participación porque las TICs están también poniendo en crisis la tradicional selección y suministro vertical de información pública considerada trascendente a partir de la argumentación de autoridad. Está posibilitando un abordaje más horizontal a partir de la democratización del proceso de detección, procesamiento y análisis de datos e información pública²¹.

Puede señalarse que serán criterios de índole cualitativa y cuantitativa en su procesamiento por sus destinatarios –personas y efectores de la sociedad– los que permitirán progresivamente que sea la ciudadanía quien por propia decisión se incorpore de forma activa²², en la definición de cuál producción, decisión o información pública –incluida la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales– revista trascendencia, cuál revista fuerza de convicción o de formación de precedente, o cuál criterio decisorio sea jerarquizado para alcanzar el tutelaje de los postulados de la confianza legítima²³.

No obstante, una idea general –sobre la que deseo insistir con énfasis– atraviesa toda esta temática, tal como advierte la citada doctrina especializada. La operatividad de los mecanismos de gobierno abierto se encuentra condicionada –a su criterio– al desarrollo de marcos institucionales y bases legales adecuadas, sistemas de gestión más sofisticados y, sobre todo, un profundo cambio en la cultura de las organizaciones públicas.

²¹ Ampliar en Amoroso y Costales (obra y autores citados) quienes, sin embargo, señalan que “la principal fuente de retroalimentación, para sentar las bases para aplicación del análisis de los grandes datos generados por el entorno, está en establecer una fuerte colaboración entre los organismos de la Administración pública y los ciudadanos, con el principal objetivo de ayudar a definir una guía política siempre orientada a lograr la eficiencia y la agilidad de los procesos burocráticos; es fundamental ubicar el factor tecnológico como punto medio entre ambas partes con la finalidad de agilizar la gestión de la documentación, la información y los datos generados por cualquiera de las partes, así como viabilizar los flujos de información, el acceso y el intercambio continuo”.

²² Ampliar en el citado trabajo de Sánchez Bocanegra, Carlos Luis; Pérez Costa, Luis y García Moreno, Carmen, “¿Big Data en la Administración pública?”, quienes sobre éste aspecto explican: “Los datos abiertos tienen un objetivo primordial: la interoperabilidad, que es la habilidad de diversos sistemas y organizaciones para trabajar juntos entre sí compartiendo información. La interoperabilidad permite vincular datos de diferentes fuentes, aspecto esencial en el uso de datos abiertos. La combinación de datos abiertos de diferentes fuentes, es la que nos facilita ofrecer mejores productos y servicio”.

²³ No obstante, para los citados autores Amoroso y Costales, la decisión y acción gubernamental sigue siendo decisiva. En el trabajo citado, señalan: “Ahora bien, el éxito de todos estos factores depende de dos elementos muy importantes: el acceso y publicación de la información como unto número uno, y de la presentación de los datos a los usuarios finales, es decir, los ciudadanos” (autores y trabajo citado).

II. Desde Habermas. Razones para una irrupción participativa. Fortalezas, manipulación y riesgos en la red de redes

Podríamos observar, citando pasajes de una celebrada entrevista a Jürgen Habermas²⁴, contrastada con la crítica contemporánea a su teorización²⁵, que las de por sí frágiles estructuras de aquello que denomina “la esfera pública” están experimentando ahora un

²⁴ Cfr. *El País – El País Semanal*, 10-5-2018, “Entrevista: Jürgen Habermas, ¡Por Dios, nada de gobernantes filósofos!” (https://elpais.com/elpais/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html). Uno de los aportes sustantivos realizados a las ciencias sociales por Jürgen Habermas ha sido comprender cómo los individuos procesan su experiencia social y política en la sociedad a partir de la acción comunicativa. En ese marco, se ha puesto en crisis el uso que hace de las categorías “esfera pública” y “política deliberativa”, las que le permitieron anclar políticamente la acción comunicativa y darle un contenido más sustantivo y público a la noción de consenso normativo. Ampliar en: Jaramillo Marín Jefferson, *El espacio de lo político en Habermas. Alcances y límites de las nociones de esfera pública y política deliberativa*, jurid. Manizales (Colombia), 7(1): 55-73, enero-junio 2010. Explica: “A lo largo de su extensa obra, Jürgen Habermas ha intentado colocar los fundamentos normativos de una teoría social de gran alcance, que por un lado reformule y profundice una de las nociones centrales de la ciencia social como es la de racionalidad, y por otro avance en la consolidación de una teoría de la praxis comunicativa que sirva para explicar fenómenos como la integración social y sistémica [...] En su diagnóstico, la crisis de las sociedades actuales se explica por una hipertrofia en la complejidad funcional de los sistemas, en este caso la producida por los subsistemas económico y político, así como por sus imperativos sistémicos (el dinero y el poder), que terminan penetrando e instrumentalizando los contenidos del mundo de la vida, es decir, aquellos ámbitos de la sociedad que son dependientes constitutivamente de procesos y prácticas de entendimiento comunicativo; por ejemplo, la cultura y la educación. A ese complejo proceso, Habermas lo nombra mediante las metáforas de desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida y colonización del mundo de la vida por el sistema [...] Habermas nos introduce en la discusión más interesante a nuestro juicio sobre el tema de la esfera pública y es que ésta representa hoy en las sociedades contemporáneas, una ‘red extraordinariamente compleja que se ramifica espacialmente en una pluralidad de espacios internacionales, nacionales, regionales, municipales y subculturales que se solapan unos con otros’ [...] Su contribución radica, a mi juicio, en intentar trascender lo instrumental de la política liberal y lo dialógico-ético de la política republicana, acercándonos a un modelo que se apoya en ‘condiciones comunicativas’, bajo las cuales el proceso político tiene la ‘presunción de producir resultados racionales’ [...] el acento de lo político en Habermas está puesto en la noción de una democracia que se sustenta sobre acciones comunicativas deliberativas. Esto lo lleva a afirmar que la democracia es el marco procedimental para garantizar el desarrollo y expansión de la esfera pública, bien como espacio formal, bien como espacio informal. En la óptica de Habermas los movimientos sociales serían una expresión de esta red de esferas públicas, que desarrollarían su acción movilizadora dentro de marcos democráticos, aunque confronten la democracia misma. Aunque no lo hemos anotado aquí, los movimientos sociales para Habermas serían una expresión de la reacción de la sociedad ante el proceso creciente de colonización del mundo de la vida y, por ende, serían una forma también de mostrar hasta dónde las democracias, en tanto marcos deliberativos, favorecen la expansión, movilización, reacción de los públicos más avasallados por la historia” (autor y trabajo citado).

²⁵ Ampliar en los trabajos recomendados por el Profesor Víctor Castrelo: Salas Gonzalez, Daniel y Corcho Hernández, David, “Críticas a la teoría de la esfera pública de Jürgen Habermas”, *Extraprensa*; Keane, John, “Transformaciones estructurales de la esfera pública”, *Estudios Sociológicos* XV: 43, 1997; Kosellek, Reinhart, “Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos”, Frankfurt, 1993; Servais, Christine, “Enunciación periodística y espacio público. ¿Una hegemonía plena de voces?”, *Communication [En línea]*, Vol. 32/2 | 2013; López, Matías David, “Aproximación a la esfera pública contemporánea: habilitaciones desde la producción cultural” (Conicet Digital: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/55023>).

acelerado proceso de deterioro y transformación²⁶ y no tan solo su genial obra. Entre sus múltiples causas, en lo que nos interesa, señalamos el efecto fragmentador de Internet que ha desplazado el papel de los medios de comunicación tradicionales.

Las redes han contribuido notablemente a diluir las métricas tradicionales que inspiraban los procesos de formación de opinión a partir del anterior núcleo integrado por formadores, medios y lectores formados o en proceso de formación interesados. Pero aún antes de que entrasen en juego estas tendencias centrífugas y atomizadoras de los nuevos medios, la desintegración de la esfera ciudadana ya había empezado con la mercantilización de la atención pública.

Hoy en día esta estructura ya no está intacta. Con ello cruje también la configuración clásica de la esfera pública que alumbró buena parte del reinado del paradigma habermasiano²⁷. Sin embargo, internet también ha posibilitado un medio efectivo y eficaz para construir un nuevo paradigma comunicacional público. Se puede acceder a información en tiempo real, se puede auscultar la opinión pública en segundos y, del mismo modo, abrir a la participación y deliberación instantánea sin fronteras a toda la población mundial—y solo a esos privilegiados—vinculada a la red. Se superaron las barreras fácticas que impedían la apertura pública y la participación del público.

Personas, sociedad civil, “El Pueblo”—así nominado por nuestra constitución originaria bajo el soplo del Romanticismo—ahora sí puede—aunque acaso muchas veces manipulado por influenciadores y contenidos—materialmente deliberar y gobernar en tiempo real, bajo la mediación de las tecnologías, en las redes sociales, allende los sesgos dialógicos, prescindente de métricas deliberativas y más allá de los clásicos ámbitos físicos y espaciales²⁸.

²⁶ Ver: Castrelo, Víctor, “La esfera pública habermasiana. Su obsolescencia en tiempos de nuevas plataformas digitales”, en *Inmediaciones de la comunicación* 2018 - Vol. 13 / N° 1 - 71-87 - ISSN 1510-5091 - ISSN 1688-8626 (en línea) (<https://revistas.ort.edu.uy/inmediaciones-de-la-comunicacion>). El autor aborda el impacto de internet y las redes sobre el requisito habermasiano espacial-dialógico constitutivo de su noción de esfera pública, debido a que muchas de las interacciones y participaciones en lo público se desarrollan en las redes virtuales. En lo que nos interesa, explica: “El concepto de esfera pública es controvertido y se encuentra en discusión permanente en el ámbito de la comunicación y de las ciencias sociales, sobre todo a partir de la aparición de las nuevas tecnologías digitales, las cuales dan por tierra con muchos de los límites—fundamentalmente los físicos—que la han definido [...] si algo caracteriza a la interacción en las nuevas plataformas digitales es la multiplicación de los intercambios y, con ello, la profundización de dinámicas no consensuales. Como nunca antes las redes sociales pusieron en la palestra un modo de intercambio asentado en las variadas formas de lo polémico: desde el cruce de opiniones hasta el agravio y la descalificación del interlocutor. Es por eso que seguir pensando en términos consensuales y situados, a la manera de Habermas, es un enorme obstáculo para dar cuenta del nuevo espacio público que se forjó a partir de la proliferación de las nuevas tecnologías”.

²⁷ Ver trabajo y autor citado. Explica: “[...] gracias al vínculo entre redes virtuales y espacio público, terminan por reforzarse las propiedades de lo público: lo visible, lo común y lo abierto (Rabotnikoff, 2012). Esto deja la puerta abierta a miradas más optimistas respecto de los usos de las nuevas tecnologías. Lo anterior es algo que ya venía siendo señalado hace varios años en trabajos como el de Thompson (1998), en tiempos en que Internet recién estaba volviéndose masiva pero no ejercía el grado de influencia que ostenta en la actualidad”.

²⁸ Trabajo y autor citado. Explica: “Pensar la esfera pública ampliada—cuya producción y modos de habitarla están cada vez más ligados a redes sociales y plataformas digitales—como si todavía estuviéramos en los tiempos de los salones de café, la plaza pública o, incluso, en un espacio mediado exclusivamente por la prensa tradicional es un sinsentido”.

El espacio de encuentro ya no es tanto físico sino preponderantemente virtual. Han desaparecido muchos de los limitantes territoriales y temporales y con ellos también se trastocan fuertemente los fundamentos de legitimidad de los principios de autoridad y jerarquía de los poderes tradicionales en tanto mediadores de la acción de gobierno y deliberativa situada. A las claras tenemos que aquel limitante prescripto –por caso– en nuestro Artículo 22 constitucional es hoy un anacronismo. Ha quedado fáctica, social, mediática y tecnológicamente superado²⁹.

Internet ya ha abierto millones de nichos culturales y subculturales útiles en los que es posible intercambiar información fiable –y no solo datos aislados o de dudosa génesis– junto con opiniones fundadas. Internet nos convierte a todos en potenciales autores. Brinda un canal instantáneo de nuevas formas de ejercicio de las libertades de pensamiento y expresión pero con su contracara de –las también– nuevas formas de manipulación de opinión y conciencia³⁰.

²⁹ Ver: Durán Barba, Jaime y Nieto, Santiago, *La política en el siglo XXI, arte, mito o ciencia*, Buenos Aires, Debate, 2017. Exquisito en inferencias, resultan de interés sus abordajes, si bien con sus comprensibles autoimpuestas limitaciones de alcances en sus análisis –que razonablemente les impide un abordaje de mayor profundidad de ésta fenomenología– dadas las circunstancias públicas y notorias de su desempeño profesional en el máximo nivel de la comunicación pública y política de estos años. Prescriben los autores: “La red aumentó exponencialmente la autonomía de la gente y eso está en la base de la crisis de la democracia representativa. Antiguamente, los ciudadanos sentían la necesidad de que los representaran estructuras políticas, eclesiásticas, sindicales y de otros órdenes. Ahora se conectan con el mundo cuando quieren, obtienen información, pueden transmitirla casi sin límites, no sienten la necesidad de que otros hablen por ellos y no quieren ser representados. Hasta la primera mitad del siglo pasado determinadas sociedades intermedias podían influir en el voto de los ciudadanos [...] Los candidatos tenían pánico de lo que podía aparecer en la primera página de *La Nación* en Buenos Aires [...]. Todas las personas, tanto los dirigentes como los ciudadanos comunes, estaban desinformados y tenían un respeto reverencial por los más ilustrados. [...] Desde la mitad del siglo XX los occidentales fueron dando menos importancia a la opinión de las autoridades. [...] Cuando algunos políticos quieren usar las consultas populares para sus maniobras, se tropiezan con esta opinión pública incontrolable a la que a veces ni siquiera tienen en su bitácora. La aritmética elemental de las sumas se complicó cuando la gente se volvió tan independiente. [...] Desde que la gente se independizó de los líderes tradicionales, las sumas de membretes restan votos. [...] La sociedad vertical y los acuerdos entre las élites perdieron vigencia cuando la gente sintió que no necesitaba que nadie la representara. [...] Originalmente las personas que querían participar en la política y se integraban a la opinión pública necesitaban tener un cierto nivel económico. No podían hacerlo si eran analfabetos y en ese entonces el índice de analfabetismo era muy alto [...] con mayor o menor impacto, se rompieron las jerarquías y se acortaron las distancias entre las autoridades y los dirigidos [...] Se ha difundido una actitud rebelde con las autoridades y una simpatía generalizada con la protesta. [...] La opinión pública es anarquizante, desconoce a cualquier autoridad que pretenda regirla [...] La gente de hoy se expresa sin tabúes, se desnuda psicológica y a veces físicamente para exhibirse en la red. [...] Para la gente común, el país es su cotidianeidad y la de las personas a las que quiere. El gran desafío de una campaña electoral es instalar sus temas en la conversación de los electores, no imponiéndolas a la fuerza o sobresaturando el mensaje, sino comunicando algo sobre lo que la gente tenga ganas de dialogar” (pp. 135 a 147).

³⁰ Ver: Boladeras Cucurella, Margarita, “La opinión pública en Habermas”, *Análisis – Cuadernos de Comunicación y Cultura* N° 26, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2001, pp. 68, 69 (<https://www.analisi.cat/>). Ya, entonces, señaló: “En el presente existen muchos motivos para ser escépticos sobre la posibilidad de existencia de espacios públicos no manipulados y sobre la influencia real del poder comunicativo sobre el poder político. Los medios de comunicación desempeñan un papel que, en muchos casos, sirve tan sólo a los intereses de grupos poderosos económica o socialmente, de manera que su ‘ocupación’ y depredación del espacio público pueden ser altamente distorsionadoras de la realidad humana”.

Desde las ciencias sociales está largamente reconocido que la escena contemporánea está marcada por el trastocamiento integral de tecnología sobre las relaciones personales, sociales, económicas y políticas, operando una “ampliación del espacio público, generando nuevas formas de acción colectiva, desarrollando nuevas formas y espacios de enunciación pública”. “Una nueva esfera pública contemporánea, ampliada, ensanchada, robustecida y que prolifera en las redes virtuales, entendida además como el ámbito privilegiado de lo público-visible-común-político-colectivo”. Se señala que “las redes virtuales confluyen como un nuevo espacio de intervención pública articuladas con y dentro del espacio urbano y la ciudad. De este modo, ambos espacios en sus cruces sirven para comprender el desarrollo contemporáneo de nuevas esferas públicas”³¹.

Se trata, sin duda, de grandes beneficios de la comunicación con sus consiguientes desafíos y problemas acaso, principalmente, afincados en el hecho de que a pesar de la enorme potencialidad transformadora de internet sobre la representación y participación pública y política, verificamos que se trata de la primera revolución de los medios en la historia de la humanidad que sirve ante todo a fines económicos y no culturales porque sus numerosos actores parecieran centrados en la explotación económica del perfil privado de los usuarios y en la manipulación cultural, social y política de sus preferencias. Se roban los datos de las personas para manipularlos mejor comercial y cívicamente.

Ahora, en lo que nos interesa, se verifica un fenómeno de capital importancia para dimensionar los cauces y la potencialidad de la participación en la actualidad y de cara al futuro cercano y, acaso también, con especial incidencia para derogar los cánones representativos tradicionales. Asistimos a una nueva forma, más sutil, más “líquida” –parafraseando a Bauman– de construcción y demolición rápida e informal de colectivos en las redes que reviste enorme impacto, donde la otrora *acción colectiva* es sustituida por la *acción conectiva*³².

³¹ Cfr. López, Matías David, “Aproximación a la esfera pública contemporánea: habilitaciones desde la producción cultural” (Conicet Digital: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/55023>).

³² Ver, Castrelo, Víctor, trabajo citado. Explica: “La acción colectiva, a la par que la esfera pública, también ha mutado en cuanto a sus repertorios y sus modalidades de organización [...] En ese sentido, un fenómeno resultante de la proliferación de lo virtual en detrimento de lo personal-situado tiene que ver con la mayor flexibilidad de los lazos grupales que se construyen. Diversos movimientos de protesta se forjaron al calor de las nuevas tecnologías [...] Todos estos grupos o movimientos tienen en común que basaron su estrategia organizacional en los recursos que provee el mundo digital. De allí el peso actual de las plataformas, al punto que algunos autores, como Bennett (2012), proponen dejar de caracterizar a estas movilizaciones como formas de acción colectiva para pasar a etiquetarlas como tipos de acción conectiva. La lógica bajo la que opera la acción conectiva supone que la gente todavía puede unirse a las acciones en gran número, pero la referencia de identidad no se deriva a través de grupos comunes o identificación ideológica, por lo cual los lazos que se forjan tienen un carácter más flexible y volátil, mientras que los requisitos para formar parte de ellos son menos estrictos en términos identitarios y de afiliación. Sin embargo, la acción colectiva convencional exige que las personas tomen decisiones más difíciles y adopten identidades sociales más estables, las acciones digitales en red basadas sobre marcos de acción personal organizados alrededor de las tecnologías sociales son más laxas, por lo tanto permiten una mayor amplitud de su base social. La propagación de las identidades colectivas requiere más educación, presión o socialización; que a su vez exige mayores exigencias de organización y recursos, obstáculos todos estos de los que están exentos las movilizaciones de acción conectiva, cuyos rasgos distintivos son la auto-organización, la prescindencia de centros y liderazgos claros, la horizontalidad y, obviamente, la utilización de tecnologías como eje organizacional clave” (autor y trabajo citado, *Revista Inmediaciones*, enero-junio 2016, p. 81).

Este fenómeno se refuerza mediante la inducción sutil de opinión mediante la construcción de *influenciadores* que operan sobre cada uno de los perfiles homogeneizando respuestas –no producto del pensamiento sino de la manipulación– y condicionando las elecciones y toma de decisiones masivas de personas mediante nuevas formas de construcción –y concentración– del poder de la información y ocupación –o colonización– del espacio virtual y físico³³. Hoy la formación de opinión se centra, además y principalmente, en la difusión de extractos de contenidos de captación instantánea. Ya no discurre tanto en la prensa y los medios masivos y menos aún en medios intelectualizados³⁴.

III. Los derechos en espera

Insisto en que el problema común que atraviesa a todas estas técnicas en especial y a la participación en general es su ineffectividad producto de no resultar ni tratadas ni especificadas como derechos. No son pensadas desde los derechos. Siguen sin ser suficientemente percibidas como derechos y solo parecieran formularse como principios programáticos condicionados por la voluntad del legislador para especificarlos en normas positivas y del administrador para definir cuándo utilizarlas en concreto.

³³ Ver: López, Matías, trabajo citado, al decir: “Una configuración de lo público-urbano-virtual que abre un potencial para la constitución de un nuevo tipo de esfera pública. Pero implica además desplazarse críticamente de las visiones ‘heroicas’ de finales del siglo XX que plantean con entusiasmo la ampliación de la libertad por los usos de la web; ya que actualmente podemos corroborar que no se ha producido una distribución equitativa –aquella ‘capacidad para distribuir el poder de la información por todos los ámbitos de la actividad humana’ que planteaba Castells (2001, p. 15)–, sino que se ha fortalecido su reverso [...] De este modo, como forma tendencial y observando también el refuerzo de dinámicas de concentración en internet, consideramos que una nueva esfera pública se estaría gestando a partir de la confluencia entre los actuales dispositivos digital-tecnológicos y las formas contemporáneas de habitar el espacio público (tanto urbano como virtual), que contribuyen a generar procesos de subjetivación ligados a otros modos de producción y circulación cultural, que potencialmente pueden generar acciones políticas transformadoras”.

³⁴ Ver: Durán Barba, Jaime y Nieto, Santiago, *La política en el siglo XXI, arte, mito o ciencia, op. cit.* Exquisito en inferencias, resultan de interés sus abordajes, si bien con sus comprensibles autoimpuestas limitaciones de alcances en sus análisis –que razonablemente les impide un abordaje de mayor profundidad de ésta fenomenología– dadas las circunstancias públicas y notorias de su desempeño profesional en el máximo nivel de la comunicación pública y política de estos años. Prescriben los autores: “Con la evolución de la tecnología se hizo inútil romper imprentas y se hizo más difícil controlar la opinión pública, porque al aparecer las radiodifusoras y los canales de televisión se multiplicó la cantidad de emisores de los mensajes. En la última década, con los medios electrónicos, los emisores se multiplicaron al infinito. Prácticamente todas las personas reciben y emiten mensajes. Se provocó un torbellino de intercambios y la opinión pública se convirtió en algo que nadie puede controlar, ni manipular, ni destruir. Pertenece a millones de personas que ni siquiera se conocen entre sí, no tienen ni quieren tener ningún plan conspirativo y difunden contenidos que se transmiten sin censura. Las radios, los periódicos y la televisión producen cierta información que, mezclada con las visiones individuales y las experiencias cotidianas de millones de personas, se comunica a través de un número infinito de mensajes, fotos, frases, conversaciones personales y herramientas de todo tipo” (p. 135).

La discusión debiera reorientarse a discutir estas modalidades, por caso, de la del gobierno abierto, desde el sistema de los derechos, para así definir si estamos o no en presencia de nuevos derechos o de derechos emergentes, definir sus contenidos, estructura, atributos, alcances y niveles de operatividad.

Luego, traducir tales aspiraciones en especificación de un concreto cuadro sistemático que conecte a estos derechos a los apuntados principios, vinculándolos asimismo entre sí, los interrelacionen a las concretas técnicas e instancias de los procedimientos administrativos generales y particulares, abran a una eficaz significancia de su valía en tanto derechos y los tornen exigibles y demandables frente al caso concreto.

Vemos que una inabarcable cantidad de técnicas participativas y consecuentes categorizaciones conceptuales se plantean y se formulan desde distintas concepciones, unos, reafirmando la democracia representativa y, otros, postulando su abdicación por fórmulas deliberativas o participativas. Éstas últimas son las que, en mi opinión, revisten mayor trascendencia jurídica.

Al permitirse teorizar la participación a partir de la crisis de la representatividad³⁵, como un paso de la democracia representativa cerrada hacia una abierta o incluso participativa, como un derecho y desde el sistema de derechos, se profundizan y se expanden sus fundamentos de legitimidad con posibilidad de plantear un mayor y mejor desarrollo de sus técnicas de actuación y de las consecuentes garantías procesales que permitan efectivizarla.

No obstante, se converge en la idea de que un Estado transparente, que proporciona información sobre sus acciones, que pone a disposición sus fuentes y bases de datos y que publica sus planes y estrategias de desarrollo da contenido real a sus responsabilidades frente a la sociedad. Además, ello fomenta y promueve la rendición de cuentas ante la ciudadanía, una permanente vigilancia por parte de la sociedad y una mayor corresponsabilidad³⁶.

³⁵ Ampliar en obra y autores citados: Guillen, A.; K. Sáenz, M.; H. Badii y J. Castillo, “Origen, espacio y niveles de participación ciudadana”, p. 183, en adelante. Afirman: “Se observa en la participación ciudadana dos dimensiones: primero ‘como medio de socialización política’ y segundo, ‘como forma de ampliar el campo de lo público hacia la esfera de la sociedad civil y por lo tanto, favorecer a esta’” (Cunill, 1991). Este autor destaca que los posibles fundamentos de la participación ciudadana puede encontrarse en la crisis de representatividad y sobre todo en la crisis de eficiencia del Estado. Un elemento esencial en la participación es sin duda alguna la falta de satisfacción de los intereses de la ciudadanía. La participación explica el funcionamiento de la democracia. Según esa crítica, participamos porque nuestros representantes formales no siempre cumplen su papel de enlace entre el gobierno y los problemas puntuales de una porción de la sociedad; participamos –dice esa crítica– para cuidar los intereses y los derechos particulares de grupos y de personas que se diluyen en el conjunto mucho más amplio de las naciones; participamos, en una palabra para corregir los defectos de la representación política que supone la democracia, pero también para influir en las decisiones de quienes nos representan y para asegurar que esas decisiones realmente obedezcan a las demandas, las carencias y las expectativas de los diferentes grupos que integran la nación (Merino, 1995).

³⁶ Ampliar en obra citada: Alejandra Naser, Álvaro Ramírez-Alujas, Daniela Rosales (editores), “Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe”, Libros de la CEPAL, N° 144 (LC.PUB.2017/9-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, p. 21.

Esto es de importancia porque sin tales atributos, la participación no es posible en la concepción actual. Porque se la concibe como una condición habilitante. Precisamente, porque campea la ideación de que un gobierno participativo promueve el derecho de la ciudadanía a ser parte central en la formulación e implementación de las políticas y a facilitar el camino para que la Administración pública se beneficie del conocimiento, las ideas y la experiencia de los ciudadanos. Y que ello se realiza mediante la creación de espacios de encuentro y diálogo que favorezcan el protagonismo, el involucramiento y la deliberación de los ciudadanos en los asuntos públicos³⁷.

La concepción dominante explica y fundamenta al gobierno abierto y la participación de forma entrelazada pero como una iniciativa estatal. Como un espacio que concede el Estado³⁸.

Esta observación atañe a un aspecto central que se critica largamente para proponer un paso adelante en la operatividad de los derechos de participación. Porque, tal como sostiene otra corriente, participar no es solo colaborar, ni opinar sobre una determinada actuación. Participar supone una determinada actuación. Participar supone un plus de voluntad de intervención, un sentimiento de pertenencia colectivo, a una ciudad³⁹.

Es decir, la participación ciudadana como instrumento de promoción del cambio mediante la *irrupción* por propia decisión de las personas y la sociedad civil—llámese de los ciudadanos descontentos— dentro del sistema de poder—y no a partir de la *inclusión* que el sistema de poder les conceda—, en busca de ampliar su esfera democrática, a partir de las potencialidades que les otorgan los derechos de participación reconocidos en el plano convencional y constitucional.

³⁷ Ver: obra y autores citados: Naser, Alejandra; Ramírez-Alujas, Álvaro y Rosales, Daniela (editores), “Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe”, p. 22, remarcan los autores: “Cuando existen estos espacios, cuando los ciudadanos disponen de información transparente y el Estado promueve activamente la participación ciudadana, emergen las condiciones para fundar una ciudadanía activa que participe en la visión y la vida del país, de la región y del mundo y que se involucre plenamente en los problemas públicos”.

³⁸ Obra y autores citados, p. 22. Enfatizan que “se trata entonces de una nueva forma de gobernar para, con y a través de los ciudadanos, que fortalece precisamente esa nueva ecuación entre el Estado, el mercado y la sociedad”.

³⁹ Cfr.: Guillen, A.; K. Sáenz; M.H. Badii y J. Castillo, “Origen, espacio y niveles de participación ciudadana”, *Daena: International Journal of Good Conscience*, 4(1): 179-193. Marzo 2009. ISSN 1870-557X. Señalan los autores: “[...] la participación ciudadana nos indica la ‘temperatura’ democrática de una sociedad en una situación concreta. La participación ciudadana es la relación de los vecinos/ciudadanos con los poderes públicos, relación que les permite controlar el ejercicio del poder por sus representantes, con el fin de impedir, o al menos limitar, los posibles errores, excesos y arbitrariedades que éstos o sus delegados cometan en ese ejercicio, promover el ajuste del ejercicio del poder a sus intereses y hacer llegar sus demandas y reivindicaciones al poder poniendo los medios a su alcance para que sean satisfechas [...] Es por ello que pese al impacto de los canales diseñados por los poderes públicos, no puede olvidar la importancia de la vida asociativa en las ciudades y sus posibilidades, que pueden ir más allá de una participación limitada a la emisión de opiniones al respecto a las actuaciones administrativas” (trabajo y autores citados, pp. 186 y sigs., con cita a: Sánchez, F., *Ciudadanía sin fronteras*, Madrid, Desclee De Brouwer, 1993 y Alberich, T. y Espadas, A. (2014), “Democracia, participación ciudadana y funciones del trabajo social. Trabajo Social Global”, *Revista de Investigaciones en Intervención Social*, 4 (6), 3-30).

Como señala un sector de la doctrina, en las sociedades complejas la participación persigue hacer que los habitantes de un lugar sean cada vez más sujetos sociales con capacidad para transformar el medio en que viven y con capacidad de control sobre los órganos políticos y administrativos⁴⁰.

Por eso es que unido a tales atributos encontramos los mecanismos participativos como herramienta central de concreción de tales finalidades. Erigida como un fenómeno sociopolítico encarnado en los diversos efectores sociales que reclaman un espacio de intervención en la esfera pública con un propósito democratizador para la gestión de los asuntos públicos. Cuestión que se complejiza notablemente con la expansión de la participación determinada por la multiplicación de actores cívicos y sociales que progresivamente han reclamado su espacio de intervención en el espacio público⁴¹.

IV. El derecho a tener derechos

Bajo el hábito de Hannah Arendt, mi posición entonces es que no alcanza con el solo reconocimiento de la participación como un principio cardinal humanitario, constitucional o legal de ordenación de las estructuras o de los procedimientos. Tampoco alcanza con jerarquizar el derecho de participación al sitial de derechos fundamentales mediante una formulación abstracta y totalizadora.

La efectividad de la participación depende de que ésta resulte especificada como principio y como derecho pero principalmente proyectado en la centralidad de las técnicas de actuación administrativa. Requiere que los institutos cardinales del procedimiento administrativo, de la teoría del acto administrativo, de la contratación y el control público se vean realmente transformados en concreto por la aplicación específica de la participación en cada una de sus fases y elementos esenciales.

De allí que en tanto el derecho positivo no especifique a la participación como un elemento de los institutos torales del derecho administrativo integrándola a sus formas esenciales, en tanto no se la inscriba como un inexcusable debido procedimiento previo, en tanto no opere la apertura de las estrechas categorías de legitimación procedimental administrativa posibilitando la tutela administrativa efectiva de los derechos e intereses

⁴⁰ Ampliar en obra y autores citados: Guillen, A.; K. Sáenz; M.H. Badii y J. Castillo, “Origen, espacio y niveles de participación ciudadana”. Señalan que “la participación ciudadana existe cuando hay sociedades inteligentes, cuando hay ciudadanía fortalecida, cuando se generan conflictos que efectivamente la ciudadanía logra o gana la posibilidad efectiva de participar. La participación ciudadana, surge como una respuesta a la ineficiencia de las administraciones para resolver los problemas que se plantean desde el ámbito social (Bolos, 2001). Según Correa (1998), la participación ciudadana se levanta como un factor estratégico que puede afianzar la gobernabilidad y la democracia”.

⁴¹ Ampliar en: PNUD- Proyecto 89477 (2018), “¿Qué entendemos por participación ciudadana?”, CDMX, junio 2018 (<http://proyectopnud89477.org/>).

⁴² Nótese que el procedimiento administrativo, en su sustancia, resultó estructurado bajo las mismas técnicas de defensa y contradicción propias del proceso judicial, las que adoptó casi sin cortapisas sin prever atributos de acercamiento, conjugación o articulación de intereses.

colectivos que la participación exige dirimir en sede administrativa y en tanto no se permita la evolución de la tradicional estructura procesal bilateral clásica hacia un procedimiento administrativo de sustancia plurilateral –en tanto nada de ello ocurra– la participación seguirá quedando relegada a un genérico e incomprensible catálogo de piadosas intensiones.

Como dije en otra oportunidad, el cariz finalista de la participación proyectada al procedimiento administrativo posibilita la superación de la deslegitimada percepción del procedimiento administrativo como *ritualismo inútil* y su reconfiguración en *instancia efectiva* que posibilite superar la estructura bilateral tradicional, de concepción “adversarial” del conflicto, sustituyéndolo por una “concepción dialógica” de gestión de los intereses públicos –de sesgo negocial– en la que la participación junto a los mecanismos alternativos de gestión de controversias tales como la negociación y la conciliación administrativa están llamados a ocupar su lugar en el nuevo procedimiento administrativo. Insisto en que la proyección del principio participativo sobre el procedimiento administrativo debe permitir superar su tradicional estructura bilateral de cuño procesal privatista asentado sobre la dicotómica relación adjetiva actor-demandado tributaria de la relación jurídica sustancial privada acreedor-deudor⁴².

La participación nos propone avanzar hacia una concepción negocial, dialógica, facilitadora de instancias de real acercamiento entre Poder Real, Poder Formal, Sociedad Civil y Sectores Sociales, desarrollando cauces procesales que posibiliten una gestión plurilateral de los intereses públicos a partir de una gestión deliberativa. Permite también superar los clásicos parámetros democrático representativos, exteriorizados en los criterios de mayorías y minorías, propiciando atender en su medida y por igual a todas las partes interesadas.

Porque de lo que se trata es de construir procedimientos administrativos más abiertos, más democráticos y principalmente inclusivos, porque se parte de una premisa: la regla de la mayoría no garantiza más, necesariamente, la imparcialidad de la decisión. Porque transformarlo a la altura de las justas exigencias de una sociedad democrática presupone, en mi opinión, propiciar que dejemos de pensar los derechos desde el poder y, en cambio, podamos seguir pensando al poder desde los derechos; mediante espacios abiertos a la democratización de las decisiones.

IV. CONTRATACIÓN PÚBLICA

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO UN DERECHO. SUS INTERROGANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES*

I. Aproximación valorativa a la participación ciudadana

Un extendido consenso campea en torno al compromiso activo de las instituciones y técnicas del derecho público con la definición democrática del Estado, afincada en la dignidad de la persona humana, en donde la participación ciudadana está llamada a cumplir un rol central¹. Y no es para menos puesto que el modelo democrático vive hoy en día momentos especialmente trascendentes en cuanto a su extensión dado que jamás en la historia existieron tantos Estados que se organizaran según los parámetros de lo que se entiende mayoritariamente por democracia². Pero al mismo tiempo en las últimas décadas se verifica un generalizado rechazo social sobre el tradicional sistema representativo afincado en los partidos políticos acaso operando una divisoria entre sociedad civil y sociedad política³.

* El autor agradece las valiosas aportaciones de la Profesora Florencia Grigera, del Profesor Juan Martín Vocos Conesa y del Abogado y joven docente universitario Lucas Clark.

¹ Ampliar en Pérez Alberdi, Reyes, “Derechos de Participación en los Estatutos de Autonomía de última generación”, en *Revista Deliberación* N° 2 - Revista para la mejora de la calidad democrática, Aragón, Ed. Dirección General de participación ciudadana, acción exterior y cooperación, Departamento de Presidencia y Justicia, Gobierno de Aragón, octubre 2012, p. 36.

² Ver en Cebrián Zazurca, Enrique, “Democracia y tecnología en época de crisis”, en *op. cit. Revista Deliberación* N° 2, pp. 57 y sigs.

³ Ampliar en Vargas, Jean-Paul, “Participación Ciudadana y Concertación en Centroamérica”, en *Deliberación*, N° 2, *op. cit.*, pp. 72-73 y sigs.

Con ello, también se ha operado un cuestionamiento al modelo democrático representativo que pasó a ser percibido como eminentemente formal⁴ a través de movimientos que reclaman una democracia real frente a la democracia que poseemos⁵. Ello se exteriorizó en demandas de creación de espacios de participación política que permitieran un mayor protagonismo de la sociedad civil a través de la puesta en práctica de mecanismos de democracia participativa o de las distintas formulaciones de la democracia deliberativa⁶ que, paradójicamente, actualizaron al modelo democrático representativo, fortaleciéndolo y sin plantear su sustitución⁷.

Palabras aparte, ésta última afirmación reviste importancia porque tal como advirtió el Profesor Moderné—siguiendo el pensamiento de René Capitant—la democracia semidirecta en América Latina constituye un “último apoyo” de la democracia representativa, se verifica de manera “prudente y residual” y ha obtenido muy rápidamente los favores del constituyente latinoamericano porque responde a la preocupación de racionalizar y de mejorar el funcionamiento del sistema representativo. Además, agrega que aún desde una concepción universalista en el antiguo debate ideológico entre la democracia representativa y la democracia directa, los argumentos no han sufrido el paso del tiempo: la democracia semidirecta o “participativa” no pretende ofrecer un modelo alternativo a la democracia representativa. Se propone, al contrario, consolidarla asociando más o menos estrechamente el ciudadano a la toma de decisiones políticas o a la emanación de normas que quedarán oficialmente asumidas bajo la égida de gobiernos democrático-representativos⁸.

Ésta es la concepción actualmente imperante contra la cual puede contrastarse otra tesis que verifique una evolución de la democracia representativa—más que su reafirmación—de su tradicional cuño cerrado a una concepción abierta debido al impacto que las técnicas participativas y deliberativas operen sobre su estructura tradicional, según resulten plasmadas como principio, objetivo o derecho. Como quiera que fuere lo cierto es que todo el cuadro expuesto ha posibilitado un muy atractivo y renovado entrelazamiento conceptual entre democracia y derecho público, potestades y revigorización de los derechos, abriendo el camino a la resignificación de ciertos fundamentos de legitimidad y algunas concepciones troncales del derecho administrativo clásico que—hasta no hace mucho—lucían incommovibles⁹.

⁴ Ampliar en Vargas, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 98.

⁵ Cfr. Cebrián Zazurca, Enrique, *op. cit.*, p. 58.

⁶ Cfr. Cebrián Zazurca, Enrique, *op. cit.*, p. 57.

⁷ Me remito al pensamiento del querido jurista y profesor francés Franck Moderné plasmado en su lúcido trabajo, “El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002, pp. 339-359.

⁸ Moderné, Frank, *op. cit.*, p. 340, con cita a Aguiar de Luque, Luis, “Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español”, en *La experiencia constitucional* (con la dirección de G. Trujillo, L. López Guerra y P. González-Trevijano), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 67.

⁹ Buen ejemplo del fenómeno descripto lo encontramos presentado en el celebrado trabajo del Profesor español Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, largamente publicado en el espectro jurídico de toda América Latina, titulado “El derecho a la buena Administración” (*op. cit.*, *Revista Deliberación* n° 2, pp. 13 y sigs.); “La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa” (en *Revista Misión Jurídica* n° 6, Bogotá, 2013, pp. 23 y sigs.), y en *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena Administración*, Madrid, Ed. Reus, 2012.

Una de sus manifestaciones radica en la visualización positiva de la participación ciudadana que resulta extendidamente elogiada a punto tal que existe acuerdo en conceptualizarla como un principio que se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas¹⁰, una condición inherente y fundamental de las personas y como un derecho humano. Y se la ha elogiado por permitir al ciudadano influir directa o indirectamente en los procesos de decisión y ejecución de políticas públicas, y expresar en toda su dimensión su condición de actor social de una comunidad¹¹, si bien bajo el riesgo de captación o manipulación por parte de estructuras organizadas de la sociedad civil con atributos de poder cuyas capacidades de imposición desplazarán la voz espontánea de las personas individuales¹². Entiendo que lo expuesto permite esbozar a los fines de este trabajo algunos de los fundamentos conceptuales básicos que en la actualidad se involucran en la participación ciudadana y son necesarios tomar en consideración para una apropiada presentación del tema que me ocupa. No obstante, la trascendencia de los fundamentos de legitimidad del derecho a la participación amerita sin duda alguna ser tratada con mayor detenimiento en futuros trabajos de quien esto escribe.

II. Déficits y percepciones negativas sobre los mecanismos de participación

Es un dato de la realidad que a pesar de numerosos esfuerzos institucionales, jurisprudenciales y doctrinarios la participación ciudadana en general sigue sin satisfacer en plenitud toda la expectativa depositada, continúa aún sin alcanzar aceptables niveles de efectividad ni tampoco concita demasiado entusiasmo ni en las personas individualmente consideradas ni en los principales efectores de la sociedad civil, perdiendo predicamento y resultando parcialmente eclipsadas por técnicas como las denominadas “gobierno electrónico”, primero, y “gobierno abierto”, en la actualidad, las cuales, a su vez, también generan dudas en torno a su efectividad. Precisamente porque todos estos mecanismos participativos tienen en común que surgen más por una promoción de parte de actores externos a la ciudadanía que por una iniciativa propia de los actores, individual u organizadamente considerados, redundando en una baja—o nula—espontaneidad e iniciativa de los ciudadanos¹³.

En ese orden, con carácter crítico se ha explicado la realidad cotidiana de utilización de la participación ciudadana como un resorte o mecanismo potestativo mediante el cual la Administración local solo se involucra con la ciudadanía para consultarla o para canalizar las iniciativas vecinales, en la creencia de que se trata de un resorte del que puede disponerse libremente como algo que podía ser utilizado o no, en función del modelo de política que

¹⁰ Me remito en su totalidad al análisis de la Profesora Miriam Ivanega en *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Rap, pp. 142, 143 y 146, y en “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Público*, Contratos Administrativos II, ed. Rubinzal Culzoni, 2007-2.

¹¹ Cfr. Vargas, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 71.

¹² Cfr. Vargas, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 71.

¹³ Cfr. Vargas, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 71.

el equipo de gobierno quisiera utilizar en contrario de su plasmación normativa como técnica administrativa obligatoria¹⁴. Es decir, en deliberado desconocimiento de su sustancia normativa y de sus fundamentos de legitimidad¹⁵. Para la autora, entre varias razones, ello resulta atribuible a la desconfianza que concita en la clase política la implementación de mecanismos aperturistas. Su apreciación es válida en nuestro contexto. Remarca la desconfianza de la clase política hacia la participación, acaso afinada en la hegemónica argumentación de que, allende las cláusulas participativas, sea como fuere siempre se recurrirá al argumento de que la Constitución declara que nuestro sistema político es el de la democracia representativa, por lo que la responsabilidad y la rendición de cuentas, al final, recae sobre el representante elegido democráticamente¹⁶.

La organización estatal, en su mayoría, percibe a los mecanismos de participación ciudadana con recelo y desconfianza y tampoco aprecia a sus declamadas virtudes como palmarias. Y aunque nos cueste aceptarlo corresponde también decir que, acaso, las mismas dudas y prevenciones embargan también a la sociedad civil y a las personas individualmente consideradas porque éstas resultan deliberadamente desalentadas a participar¹⁷. Es un insoslayable dato de la realidad.

Este desaliento, no se nos escapa, se afina en la difusa “vinculatoriedad” de los mecanismos participativos. Problema que mereció tratamiento por nuestro Máximo Tribunal en el Caso “Cepis”, en 2016, al reafirmar la amplitud y operatividad del derecho a la participación en el marco de audiencias públicas unido al deber de la autoridad de tomar en consideración las posiciones allí ventiladas¹⁸.

Por ello se genera una percepción ambigua en las personas que, acaso también paradójicamente, ora descreen de estos mecanismos –claudicando en sus esfuerzos por reclamarlos–, ora bregan por una mayor transparencia e inserción de todos en aquello que debiera ser de todos.

Así, no es ocioso advertir que gobernantes y gobernados visualizan más las sombras que las luces que ofrece la participación, siendo que acaso para el funcionariado los mecanismos participativos sean un difuso y riesgoso instrumento burocrático que conspira contra la celeridad de gestión.

¹⁴ Cfr. Sánchez-Sánchez, Zulima, “La participación ciudadana en el ámbito local, hacia el gobierno abierto”, en *op. cit.*, *Deliberación*, p. 127.

¹⁵ Cfr. *ibidem.*, p. 129.

¹⁶ Cfr. autora y trabajo citado, p. 129.

¹⁷ Ampliar en: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas-Derechos Humanos, “Comentario a la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”, OACDH, Bogotá, 2012. Especialmente al expresar: “Los expertos en derechos humanos también han considerado que la reducción del espacio democrático amenaza el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos y repercute en la vida de las personas corrientes, que cambia sin su opinión y en contra de su voluntad. Algunos Estados imponen no solo obstáculos jurídicos sino también prácticos a la participación” (p. 6).

¹⁸ Ver: CSJN, “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), 18 de agosto de 2016; considerandos 15, 16, 18, 19 de la Sentencia, considerandos 16 y 17 del voto del Juez Rosatti y considerando 12 del voto del Juez Maqueda.

Es una tendencia actual –acaso irreversible– de las ciencias de la Administración y gestión de las políticas públicas que la Administración, hoy, discurre por técnicas de gestión por metas, objetivos y resultados mensurables en hitos progresivos, estructurados en breves plazos, computados en tableros de control dentro de los cuales toda instancia que no resulte estrictamente indispensable, directamente conducente, y pueda omitirse, se recorta. Y en esas descalificaciones frecuentemente cae la participación. La gestión pública no dimensiona su utilidad, sino que por el contrario la visualiza como un innecesariamente peligroso instrumento distractivo. Una instancia ralentizadora. Un enemigo de las muy ajustadas agendas e hitos estructurados dentro de los breves tiempos de gestión. Menos aún la comprende como un derecho que pueda resultar exigible y escasamente comprende sus beneficios.

Quizás no sea osado reconocer que ello resulte entendible y que desde el derecho tenemos mucha responsabilidad. Repárese que en tanto principio su formulación no encuentra reflejo en previsiones concretas de cuño clásico y cerrado y en tanto derecho resulta formulado en las normas individuales con carácter general e indefinido pero sin especificación de sus contenidos, alcances y garantías instrumentales y procesales. Menos aún el ordenamiento legal resulta dotado de sistematicidad. No se lo interconecta a las concretas instancias de gestión a las que, paradójicamente, está llamado a operar. Por consiguiente no es extraño que perviva un comprensible recelo o desinterés administrativo y que ello determine que se visualice a la participación como instancia superflua –recortable por innecesaria–, o peor, como instrumento riesgoso, pues al no definirse sus concretos contenidos y alcances engendra el peligro de erigirse en un punto de fuga de los objetivos de gestión.

Este cuadro desalentador se acentúa al comprobar que desde la óptica del sistema de derechos la participación, al igual que los de acceso, no se encuentra suficientemente desarrollada, en muchos casos no pasa de ser un “derecho emergente”¹⁹ sin especificación de contenidos y alcances, y reviste una efectividad ambigua por encontrarse desprovista de los atributos de eficacia propios de los derechos de petición y solo ocasionalmente merecen el reconocimiento jurisprudencial.

Siendo así el apuntado desinterés cívico luce comprensible pues en los contados casos –como el que específicamente me ocupa en materia de contrataciones públicas–, aún cuando la participación es especificada como derecho en un ordenamiento especial, suele

¹⁹“Los derechos humanos emergentes son reivindicaciones legítimas de la sociedad civil dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos. Hace sesenta años que se redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde entonces, tanto las sociedades nacionales como la sociedad internacional, han sufrido profundas transformaciones a medida que se intensificaba la globalización, apareciendo como resultado nuevas y apremiantes necesidades humanas. Los derechos humanos emergentes pretenden traducir estas nuevas necesidades en nuevos derechos [...]nace de una visión integradora de los derechos humanos. Pretende acabar con la dicotomía histórica en la que se han dividido los derechos humanos: civiles y políticos y económicos, sociales y culturales. Y pretende superar las contradicciones entre los derechos colectivos y los individuales. Estas reivindicaciones han adoptado distintas formulaciones, entre las que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, elaborada en el marco del Forum Universal de las Culturas de Barcelona en septiembre de 2004, y aprobada en el Forum de Monterrey (México) en noviembre de 2007”. [Ver: “Derechos Humanos Emergentes”, Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC), en: www.idsc.org].

frecuentemente resultar desactivada como tal²⁰. Es que tal como se advierte en doctrina, la participación a veces es formulada como un objetivo de la norma, otras como un derecho –y allí habrá que ver si se lo plasma con aceptable especificación o si resulta formulado a título general o bajo contornos ambiguos, como el caso que nos ocupa hoy– y en más de una oportunidad nos aparece tan solo como un principio rector de la actuación de los poderes públicos, todo lo cual conspira contra su efectividad²¹.

Y es un dato de la realidad que la visualización de la participación como un derecho requiere de un esfuerzo especial. Primero, porque tal como trataré en términos generales, si bien puede apreciársela como un derecho protegido desde el sistema de los Tratados de Derechos Humanos, lo cierto es que ello requiere de los esfuerzos de una hermenéutica que desarrolle una perspectiva contextualizada del principio de progresividad y la interpretación evolutiva de los derechos humanos²². Segundo, porque el ordenamiento administrativo particular la formula en términos generales y fragmentarios porque la menciona como principio y obligación del poder público pero luego omite especificarla y conectarla a cada una de las fases o instancias procedimentales llamadas a regir, al punto que solo logra su dimensionamiento cuando se la integra al plano constitucional superior que, en el caso que me ocupa de la Ciudad de Buenos Aires, lo encontramos en ciertas previsiones constitucionales que principian en su cláusula primera. Ello verifica déficits que justifican las aportaciones de este trabajo y su reconfiguración en tanto derecho con otros que aún lucen en ciernes y vinculan con nuevas modalidades de relacionamiento con lo público que, en la actualidad, convergen en la fórmula del Gobierno Abierto.

III. La participación ciudadana como un derecho humano. Sus tres núcleos de protección

Como corolario de lo dicho hasta aquí no cabe duda que resulta paradójico abordar los mecanismos participativos como un derecho. De una parte, se verifica un extendido consenso doctrinario respecto de la visualización positiva de los mecanismos participativos a tal punto que no solo se la tematiza como un principio²³ –el principio de participación–, implicando en ello un sentido y legitimidad superior a su originaria concepción como un objetivo instrumental en la planificación estatal, sino que se concordó en reconocerla como

²⁰ Ver: Pérez Alberdi, Reyes, *op. cit.*, p. 37.

²¹ Ampliar en Pérez Alberdi, Reyes, trabajo citado, “Derechos de Participación en los Estatutos de Autonomía de última generación”, p. 37.

²² Ampliar en AA. VV., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner/ Patricia Uribe, Coordinadores, Buenos Aires, Eudeba, 2014. Me remito al comentario de los Artículos 1º, 2º, 26, 29 y 31 de la Convención.

²³ Ampliar en: Ivanega, Miriam, trabajo citado: “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Público*, Contratos Administrativos II, ed. Rubinzal Culzoni, 2007-2; Stortoni, Gabriela, trabajo inédito: “El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación”; Sánchez-Sánchez, Zulima, “Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios”, Valladolid, Lex Nova, 2004.

un derecho que cuenta con reconocimiento constitucional y parcial sustancia legal²⁴, por la plasmación de sus principales manifestaciones a través de ordenamientos particulares²⁵ y se llegó a jerarquizarla como un derecho de raigambre superior²⁶.

En este largo iter de legitimidad por el que discurrió la participación en por lo menos algo más de cuarenta años²⁷ debiera operar la legítima expectativa sobre su operatividad plena y generalizada aceptación y, en parejo orden, la discusión actual debiera situarse en sus nuevos confines, en sus alcances procesales o, en términos generales, respecto de los aspectos atinentes a la expansión de sus atributos de sistematicidad y efectividad. Más aún debido al reconocimiento que le prodigó la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, al igual que el tratamiento merecido en numerosos pronunciamientos de los Fueros especializados.

Sin embargo, como ya se ha planteado, ello no es así porque aún hoy los esfuerzos siguen centrándose en su estadio inicial; en los esfuerzos por la concientización de sus beneficios. Seguimos en una instancia fundacional, inicial, en la que los esfuerzos se sitúan en la comunicación de los beneficios que promueve el ejercicio activo del derecho a participar. Aún no se ha llegado a un umbral de reconocimiento y aceptación que posibilite escalar al estadio siguiente de su desarrollo²⁸.

²⁴ Ver las menciones normativas especiales presentadas por la Profesora Miriam Ivanega en *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, *op. cit.*, p. 142.

²⁵ Me remito a Stortoni, Gabriela, trabajo inédito: “El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación”, con cita a: Sacristán, Estela, “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)”, *LL* 1999-B-480; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, 6ª ed., actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 305.

²⁶ Me remito a dos antiguos trabajos de mi autoría: Damsky, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en AA. VV., *A una década de la reforma constitucional*, Bidart Campos-Gil Domínguez, Coordinadores, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 172 a 197. Y muy especialmente a los términos y finalidades participativos –planteados más de veinte años atrás– dentro de los que inscribí mi análisis sobre los objetivos y racionalidades que justificaban la existencia del Defensor del Pueblo en: Damsky, Isaac Augusto, “El Defensor del Pueblo. Reflexiones acerca de su función promocional del cambio”, en Revista *Jurisprudencia Argentina*, 11 de junio de 1997, p. 37. Estrictamente vinculado a las racionalidades del derecho a participar en la contratación pública, ampliar en: Rejtman Farah, Mario, “Contrataciones públicas transparente: un desafío en la emergencia”, en AA. VV., “El contrato administrativo en la actualidad”, Agustín Gordillo-Director, *LL*, 2004, pp. 116 y sigs. Ampliar en: Sánchez-Sánchez, Zulima, *op. cit.*, “Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios”, Valladolid, Lex Nova, 2004.

²⁷ Recomiendo con énfasis la atenta lectura de un valiosísimo libro del ilustre profesor Agustín Gordillo que fue la primera obra científica en América Latina sobre participación ciudadana, con un preciso enfoque contextual en su tiempo, pieza que debiera ser erigida a la jerarquía de obra fundacional en ésta materia. Me refiero a *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, Macchi, 1973.

²⁸ Ver: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos” (A/HRC/30/26), 23-7-2015.

El contexto presentado determina que resulte entonces útil intentar presentar la protección jurídica de la participación como derecho desde el sistema internacional e interamericano de derechos humanos²⁹. El derecho de participación se integra en tres núcleos que se reconocen en los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos.

III.1. La formulación general del derecho a la participación

El primer núcleo se integra por aquellas cláusulas que formulan en términos generales al derecho de participación en condiciones de igualdad en la vida política y pública como elemento central del concepto de “democracia integradora”³⁰. Desde ésta concepción imperante en los organismos internacionales de derechos humanos se enfatiza el contenido amplio del derecho a participar dado su carácter esencial para la realización democrática³¹.

El reconocimiento se plasma en fórmulas que postulan el derecho a participar en forma directa en la dirección de los asuntos públicos y en el derecho de acceso a la función pública. Ello comprende “los derechos de todas las personas a participar plenamente en los procesos públicos de adopción de decisiones que les conciernen y a ejercer efectivamente su influencia en ellos”, abarcando los derechos a que se les consulte en todas las etapas de la redacción legislativa y la formulación de políticas, a expresar críticas y a presentar propuestas destinadas a mejorar el funcionamiento y la inclusión de todos los órganos gubernamentales que intervienen en la dirección de los asuntos públicos³². Este derecho se encuentra indisolublemente unido a otros derechos humanos, que trataré en el segundo núcleo, tales como el derecho de reunión y asociación pacífica, libertad de expresión y opinión y los derechos a la educación y la información, que coadyuvan al ejercicio del derecho a participar.

Debemos situarlo con carácter principal en las siguientes cláusulas:

El Artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³³ (PIDCP), al reconocer: “Todos los ciudadanos gozarán [...] sin restricciones indebidas³⁴, de los

²⁹ Respecto a la actualidad de los términos generales de protección de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y su proyección específica al derecho administrativo fronteras adentro del Estado, ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones públicas” (*La Ley*, 18-1-2018).

³⁰ Ver: Informe anual - Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, 30-6-2014, A/HRC/27/29, pp. 3-4.

³¹ Ver: www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx.

³² Cfr. Informe anual citado A/HRC/27/29, párrafo 21, p. 7 con cita a la Observación General N° 21 (2009) del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³³ El Artículo 25 se completa con la Observación General Interpretativa de 1996 (Observación General 25. Comité de Derechos Humanos. Art. 25. Participación en los Asuntos Públicos y Derecho de Voto. PIDCP.57 Período de Sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/REV.7 AT 194, 1996) y con la jurisprudencia adoptadas por el Comité de Derechos Humanos (<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx>). Destaco la centralidad de la Observación General 25 en la materia remitiéndome a sus términos.

³⁴ Ver: Observación General 25, punto 4°.

siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos³⁵, directamente [...] c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”³⁶.

El Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial su primera disposición, en la que se señala la universalidad de participación en los asuntos políticos directamente o por medio de representantes. Este Artículo 23.1.a) es prácticamente idéntico al Artículo 25.a del PIDCP, lo que realza la importancia y efectividad de la citada Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas³⁷.

Así, se ha dicho que en las formulaciones de estas cláusulas y su interpretación contenida en la citada OG 25 es central advertir dos reafirmaciones: primero, que los derechos político-electorales son descritos fuera de la cerrada definición de la contienda electoral y se mencionan casos en los que la participación directa de los ciudadanos se encuentra garantizada por dichos derechos y, segundo, que se obliga a los Estados a aplicar el principio de no discriminación y de no imponer restricciones excesivas en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos³⁸.

Esto es de importancia porque tal como ha concluido la doctrina especializada de derechos humanos: “[...] ante los avances en la implantación de un modelo electoral liberal en América Latina, la Corte IDH en los casos de derechos políticos está llamada a jugar un papel que trascienda un modelo estrictamente afincado en la participación electoral, hacia uno más amplio y efectivo de participación política. Los casos ‘Castañeda Gutman vs. México’ y ‘Yatama vs. Nicaragua’ ya nos hablan del rumbo a tomar, en el que la Corte IDH estará llamada a abrir espacios a sectores tradicionalmente excluidos tanto de la participación electoral como política en general [...] Sin embargo, para poder lograr este objetivo, el Sistema Interamericano debe de ser sensible ante regresiones de corte autoritario que pasan por alto un avance democrático en la región que no debe admitir marcha atrás, como la actuación de poder fáctico al margen de los Estados [...], o la cada vez más grande brecha entre los partidos políticos y los electores”³⁹.

Sentado lo anterior y bajo la orientación expuesta se agregan las previsiones del Artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al reconocer en términos generales el derecho de toda persona a “tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes”; el Artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al estipular –de manera similar– que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente [...] y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país”.

³⁵ Ver: Observación General 25, punto 5°.

³⁶ Ver: Observación General 25, punto 23.

³⁷ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis y Rábago Dorbecker, Miguel, en AA. VV., *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentario*, Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 562 y 562.

³⁸ Autores y obra citada, pp. 562 y 563.

³⁹ Autores y obra citada, p. 578.

Destaco la especial cualificación con la que el sistema internacional de los derechos humanos promueve y protege a la participación en instrumentos internacionales cuyo eje de protección reviste alta sensibilidad⁴⁰, tales como: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que, en su Artículo 5º, incisos “c” y “d”, especifica “el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley [...] en el goce de los derechos siguientes [...] a participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas”, comprendiendo en ellos los consecuentes derechos instrumentales consagrados en los apartados VIII (libertad de opinión y expresión) y IX (libertad de asociación y reunión) del inciso “d”; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Arts. 7º y 8º)⁴¹; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Arts. 4.3, 29 y 33.3)⁴²; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Arts. 41 y 42), la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de las Naciones Unidas (Arts. 5º y 18), la Declaración y el Programa de Acción de Durban (Art. 22), la Declaración sobre el derecho al desarrollo (Arts. 1.1, 2 y 8.2) y la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (Art. 8º). Y en los ámbitos regionales, la igualdad de derechos políticos también está protegida por varios instrumentos, entre otros el Primer Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Art. 3º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 23) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Art. 13).

III.2. Derechos instrumentales interrelacionados con la participación

El segundo, lo conforman derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión junto con el derecho de reunión y la libertad de asociación que se encuentran interrelacionados y coadyuvan al ejercicio del derecho a participar pues, a éste efecto, revisten un contenido instrumental que los vincula indisolublemente⁴³.

Se consagran principalmente en el Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sobre libertad de investigación y expresión; el Artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el reconocimiento al derecho a la libertad de investigación y su apoyatura en el derecho a la verdad y el Artículo

⁴⁰ Ver: Informe citado de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx>).

⁴¹ Cfr. Caballero Ochoa y Rábago Dorbecker, *op. cit.*, p. 575, con cita a los casos: “Caso del penal Miguel Castro-Castro vs. Perú” (25-11-2006); “Caso González y otras ‘Campo Algodonero’” (16-11-2009); “Caso Fernández Ortega y otros” (30-8-2010); “Caso Rosendo Cantú y otra” (31-8-2010); “Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile” (24-2-2012). Ver: Recomendación General N° 23 de Naciones Unidas (1997) sobre vida política y pública mencionados por los autores y obra, citada en pp. 575 y 576.

⁴² Ver: Caballero Ochoa, José Luis y Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, p. 578.

⁴³ Ver: Caballero Ochoa, José Luis y Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, p. 564.

13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su reconocimiento al derecho “a la libertad de pensamiento y expresión comprensivo de la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Por ello merece destacarse lo dicho por la doctrina especializada⁴⁴ respecto de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana experimentada en la última década y media respecto a “el derecho a la libertad de expresión” o “libertad de expresión”, el cual había sido escasamente tratado hasta 2001. El punto de inicio en su análisis se dio en la Opinión Consultiva OC-5/85 (13-11-1985)⁴⁵, en la que estableció dos pilares básicos para la interpretación del Artículo 13 de la Convención. Por el primero, denominado el “estándar democrático”, la Corte Interamericana propuso que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática, por lo cual la calificó de “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática [...] condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada [...] una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre”⁴⁶. El segundo, “el estándar de las dos dimensiones”, postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo porque este derecho “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Éstos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos... , donde resulta que el derecho protegido por el Artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Es decir, se implica un “derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁴⁷.

Muy brevemente corresponde tratar en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos el derecho de reunión (Art. 15) y el de libertad de asociación (Art. 16 y Arts. 20 de la DUDH, XXII de la DADDH, 22 del PIDC, 8º del PIDESC, etc.), debido a la apuntada interrelación con el plexo de derechos expuesto porque, tal como explica doctrina especializada, constituyen un presupuesto indispensable para consumir esa combinación de esfuerzos. Más aún tratándose de la intervención de defensores de derechos

⁴⁴ Ver: Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, comentario al Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en AA. VV., *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentario*, Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 322 y sigs.

⁴⁵ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No 5, citada por Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, en *op. cit.*, pp. 322 y sigs.

⁴⁶ Cfr. Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, nota I, parr. 70, citado por Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, en *op. cit.*, p. 324.

⁴⁷ Autores y trabajo citado, con referencia al párrafo 30 de la OC-5/85, p. 324.

humanos⁴⁸, en la medida en que opera como cauce para el ejercicio de otros derechos de participación⁴⁹. El derecho de reunión forma parte del contenido esencial de la libertad de asociación. Se encuentran ínsitamente relacionados y jerarquizados por su finalidad de desarrollo y fortalecimiento de sociedades inclusivas y democráticas⁵⁰.

Así, la citada doctrina especializada enfatiza con insistencia en que el derecho de reunión—comprensivo del derecho de manifestación⁵¹—se encuentra íntimamente vinculado a los derechos de expresión y participación, recreando los términos del Tribunal Constitucional español en su Sentencia 85/1988 del 28 de abril de 1988, al sostener: “[...] el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión [...] que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo”⁵². En este contexto llegó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a jerarquizarlos como derechos que posibilitan el aseguramiento de la “existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática”, motivo por el cual “la protección de tales derechos puede comportar no sólo la obligación del Estado de no interferir [...] sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas [...]” para su efectividad⁵³.

Respecto de la importancia del derecho de asociación se ha dicho que si bien constituye una prerrogativa de todas las personas, su protección adquiere una significación especial cuando reposa en cabeza de personas que lo ejercen para defender y promover los derechos y libertades de los demás, como el caso de los defensores de derechos humanos—actividad de interés público así calificada por la Corte IDH⁵⁴—, calificándose tal ejercicio como “herramienta fundamental”⁵⁵ para el ejercicio de forma plena y cabal de las acciones de defensa y promoción de derechos.

⁴⁸ Ver: “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos” (conocida como “Declaración sobre los defensores de los derechos humanos”), aprobada por Resolución N° 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1998.

⁴⁹ Ver: Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas” (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27° período de sesiones, 30 de junio de 2014. Especialmente su comentario al Artículo 8°, párrafo 2, de la Declaración citada (p. 19).

⁵⁰ Cfr. Mujica, Javier, comentario a los Artículos 15 y 16, en AA. VV., *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentario*, Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 356 y sigs. y especialmente p. 361.

⁵¹ Ampliar en: Comentario sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas

⁵² Autor y trabajo citado, p. 361 con cita a otras sentencias del Tribunal Constitucional de España: Sentencias 66/1995; 196/2002 y 301/2006.

⁵³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5, rev. 1 corr, Washington, 22 de octubre 2002, parr. 359, citado por Mujica, Javier, ob cit., p. 357.

⁵⁴ Ver autor y trabajo citado, p. 381 con remisión a Informes de la Comisión IDH (“sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas”; “sobre democracia y derechos humanos en Venezuela”, etc.).

⁵⁵ Autor y trabajo citado, p. 380, con remisión a la doctrina sentada en el Informe Anual de 1998 de la Comisión IDH (16-4-1999), p. 1237.

III.3. Progresividad, garantía mínima y mayor protección

Y el tercer núcleo se afina en las centralidades de la progresividad o desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales como indisolublemente relacionados con los principios de garantía mínima y pro persona y sus plasmaciones en la preferencia de la norma más protectora y el principio de conservación de la norma más favorable. Principios y reglas que jamás es ocioso recrear –y más aún en nuestro ámbito del derecho administrativo en cuya arena preponderan contiendas sobre operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales sobre las que frecuentemente opera la participación ciudadana– porque confieren fuerza expansiva a los derechos humanos⁵⁶. Por ello los menciono no sin antes advertir que excede muy largamente a los propósitos del presente trabajo un abordaje minucioso.

Como es sabido, se cristalizan principalmente en los Artículos 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al postular su desarrollo progresivo e interpretación evolutiva; el Artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el principio de progresividad previsto como obligación del Estado y que se complementa con la regla de no regresividad de su Artículo 5.2.; el Artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al postular el derecho al desarrollo de “un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Y en todo ello no pueden soslayarse los dos deberes fundamentales que consagra el sistema interamericano de derechos humanos en orden al respeto de los derechos humanos y de garantía de su libre y pleno ejercicio, tal como se establece en los Artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin los cuales no sería posible ni la interpretación evolutiva, ni el desarrollo progresivo⁵⁷.

III.4. En síntesis: el derecho a participar como un derecho en sí mismo

Tal como ha expresado el Alto Comisionado de Naciones Unidas, “el derecho a participar es un derecho humano fundamental por sí mismo, así como un derecho que permite el pleno ejercicio de muchos otros derechos humanos. Desempeña una importante función en la identificación y reparación de la discriminación porque contribuye a que las opiniones y los intereses de todos los miembros de la sociedad se reflejen en la legislación, las políticas y otras formas de adopción de decisiones públicas. El derecho a la participación en la vida

⁵⁶ Sobre la prevalencia de una interpretación siempre a favor de la protección y promoción de la dignidad de las personas ver: Gutiérrez Colantuono, Pablo, “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones públicas”, *La Ley*, 18-1-2018.

⁵⁷ En sentido homenaje me remito a las enseñanzas del entrañable profesor Jorge Luis Salomoni, al decir: “Allí se establecen claramente las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir, entre otros supuestos, que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano [...] la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones” (Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 453 y sigs.).

pública y política tiene un gran alcance [...] pasando por formas directas e indirectas de participación en la dirección de los asuntos públicos a todos los niveles, desde el local hasta el internacional. El concepto de participación en la vida pública y política evoluciona y varios mecanismos internacionales de derechos humanos han reconocido que los derechos de participación abarcan en la actualidad el derecho a ser consultado y a tener las mismas oportunidades efectivas de participar en los procesos de toma de decisiones sobre todas las cuestiones de interés público”⁵⁸.

De forma coincidente se reconoció que la denegación del derecho a participar “debe poder recurrirse judicialmente y se debe disponer de recursos apropiados si se ha violado ese derecho. La adopción de un marco jurídico que incluya el derecho explícito de las personas y los grupos a participar en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas, los programas y las estrategias que afectan a sus derechos [...] es la forma más propicia de lograr la plena efectividad [...] el ejercicio del derecho a participar [...] también depende de la transparencia y el acceso a una información completa, actualizada y comprensible. Esa información debe estar disponible de forma gratuita y con suficiente antelación. La participación aumenta [...] cuando las decisiones importantes [...] se pueden debatir. Los mecanismos de participación deben basarse en el empoderamiento y el fomento de la capacidad [...] la vida pública también se ha visto enriquecida por nuevas formas de participación, como las iniciativas de los ciudadanos o el gobierno electrónico, y mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones”⁵⁹.

IV. El derecho a participar en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema

Conteste con el enfoque expuesto, en 2016 la Corte Suprema argentina en el Fallo “Cepis”⁶⁰ tuvo oportunidad de enmarcar el derecho a la participación en materia de audiencias públicas, enraizando sus fundamentos de legitimidad en la mención de las implicancias de la democracia deliberativa para enfatizar la necesidad de ajustar las audiencias a las exigencias de una real deliberación democrática que evite vaciarlas de sentido o desnaturalizarlas en prácticas usuales de autolegitimación del poder⁶¹. Se advierte en nuestro Máximo Tribunal

⁵⁸ Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas” (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 30 de junio de 2014, p. 20.

⁵⁹ Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos” (A/HRC/30/26), Consejo de Derechos Humanos, 30º período de sesiones, 23 de julio de 2015, pp. 19-20, párrafos 71, 72, 73 y 75.

⁶⁰ CSJN, “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), 18 de agosto de 2016.

⁶¹ Cfr. Gargarella, Roberto, “6 puntos sobre el fallo Cepis (sobre tarifas)”, en su blog: “Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo”, ingreso del 19 de agosto de 2016 (<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2016/08/6-vinculos-y-diferencias-que-tengo-con.html>).

un razonamiento compatible con las ya tratadas ratios de derechos humanos⁶². Sin hesitar puede verificarse que, para este caso, en materia de derechos de participación no hay contraposición sino complementariedad argumental entre lo dicho por la Corte Interamericana en los precedentes citados en mi trabajo y lo expresado por la Corte Suprema⁶³. Este fallo lucirá entonces estrictamente argumentado desde una hermenéutica constitucional interna sustentada en las referencias a los debates de la convención constituyente de 1994, tal como expresamente reconoce⁶⁴.

En mi opinión el fallo sentará los siguientes reconocimientos y definiciones en materia de participación:

Primero, que en materia de audiencias públicas “el texto constitucional puesto en vigencia reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas”⁶⁵.

⁶² Ésta compatibilidad interpretativa entre la CADH y la CSJN en materia de derechos de participación no contradice, en su estado actual, a las ratios bajo las que nuestro Máximo Tribunal ha establecido recientemente los alcances de la jurisdicción de la Corte Interamericana referenciados a la doctrina del margen de apreciación nacional, a partir de la premisa la CADH crea “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Considerandos 8º del voto de mayoría en CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Fallos: 340:47, 14 de febrero de 2017).

⁶³ La apuntada complementariedad va en línea con el criterio sentado en el Fallo citado en la nota anterior, al destacar: “[...] la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario” y remarcar “esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios” (Considerandos 9º y 10 del voto de mayoría en CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Fallos: 340:47). Criterio de nuestro Máximo Tribunal luego confirmado a través de los considerandos 1º y 2º de la Resolución CSJN N° 4015/2017, del 5 de diciembre de 2017, al especificar que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaró que su decisión anterior [...] no implicaba que esta Corte Suprema tuviese la necesidad jurídica de revocar su sentencia” y que “esta aclaración es plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento [...] en el que se decidió la improcedencia de revocar una de sus sentencias pasada en autoridad de cosa juzgada”, reafirmando así las definiciones que nuestra Corte ha comenzado en la actualidad a establecer en materia de límites y alcances de la efectividad y validez de los derechos humanos, abriendo a una muy trascendente polémica acaso acorde con las manifestaciones que la realidad mundial comienza a exhibir en las que parecieran comenzar a campar nuevos estándares de preeminencia y compatibilidad entre lo nacional y lo internacional de la mano de una resignificación de la sempiterna noción de soberanía y consecuente reformulación de la supranacionalidad y la internacionalización, acaso, con trastocamiento de sus premisas y bases de sustentación –que hasta no hace mucho se creían incommovibles– tales como el *spillover* en la evolución de la gobernanza global o la progresividad de los derechos fundamentales.

⁶⁴ Ver: considerando 15 de la Sentencia de Corte.

⁶⁵ Ver: considerando 15 de la Sentencia de la Corte, considerando 11 del voto del Juez Maqueda y considerando 16 del voto del Juez Rosatti al especificar los siguientes atributos de la audiencia pública: “es un mecanismo participativo ‘abierto’ (desde el punto de vista de los partícipes), ‘amplio’ (desde el punto de vista temático) y ‘deliberativo’ (desde el punto de vista actitudinal), requisitos que no se congrean en cualquiera otra modalidad participativa”.

Segundo, que “este nuevo derecho resulta operativo”, aclarando que reviste “operatividad inmediata” en “la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos”⁶⁶ y que no está condicionado a la actuación reglamentaria ulterior del Congreso⁶⁷, por lo cual dejó en claro: “Como concordemente subrayó el Tribunal es bien sabido que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano”⁶⁸. Ello es central porque tal reconocimiento conecta con los postulados de la tutela judicial y administrativa efectiva reforzando la protección de estos derechos que, bajo tal formulación, deben encontrarse protegidos por el “derecho a las garantías judiciales” (Art. 8º, CADH) y “derecho a la protección judicial” (Art. 25, CADH) en pos de una validez y efectividad tangible⁶⁹.

Tercero, la reafirmación de la plena operatividad del derecho de participación mediante la delimitación precisa de los límites dentro de los cuales el legislador debe ejercer su obligación de reglamentación de derechos. Expresa que es al legislador “al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso”; es decir, “la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente”, pero estableciendo que si bien “los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos”, lo que implica “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”⁷⁰. Y remata el deber del legislador bajo el señalamiento de que “es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad”⁷¹.

Cuarto, especificando el interés público comprometido en concreto en materia de participación. Ello es mediante la jerarquización de la participación en tanto técnica de consecución de “elevados fines institucionales”⁷², delimitados en el Fallo al establecer: “[...] lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte

⁶⁶ Me remito a: Gelli, María Angélica, “Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas De ‘Cepis’ a ‘Abarca’” [LL-Sup. Const. 2016 (noviembre), 9-11-2016, 7 - *La Ley* 2016-F, 212, AR/DOC/3184/2016], al explicitar: “De la sentencia en ‘CEPIS’ surge claro el derecho operativo de los usuarios a la celebración de audiencias previas, en materia de modificación de tarifas, o de algún medio de participación al respecto [...] El derecho resulta operativo sin ley o con ley contraria o restrictiva”.

⁶⁷ Cfr. considerando 16 de la Sentencia de la Corte y considerando 12 del voto del Juez Maqueda.

⁶⁸ Cfr. considerando 16 de la Sentencia.

⁶⁹ Ampliar en: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en AA. VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, pp. 540 y sigs. y en Ibáñez Rivas, Juana María, comentarios a los Artículos 8º y 25, en AA. VV., Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Buenos Aires, Eudeba - Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

⁷⁰ Cfr. considerando 16 de la Sentencia.

⁷¹ Cfr. considerando 18 de la Sentencia.

⁷² Cfr. considerando 19 de la Sentencia.

de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad⁷³. En parejo orden, lo dicho conecta también con el elemento finalidad del acto administrativo tratado⁷⁴.

De allí que tal especificación posibilite enraizar tales fines en las racionalidades democrático deliberativas a las que se orienta la plena operatividad del derecho de participación⁷⁵ así trazado por el Máximo Tribunal como una técnica que confiere previsibilidad, legitimidad y transparencia a las democracias contemporáneas⁷⁶.

Así, establecerá: “La participación [...] con carácter previo [...] constituye un factor de previsibilidad [...] y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. El debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia⁷⁷”.

Quinto, el reconocimiento de la interdependencia del derecho de participación con el derecho de acceso a la información y con el plexo de derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión y los derechos de asociación y de reunión que resultan conceptualizados como “condiciones de cumplimiento imprescindible” para la concreción de una participación efectiva⁷⁸.

Sobre el derecho de acceso a la información lo define como “un derecho de contenido sustancial” y como “un elemento fundamental de los derechos” pues “es un presupuesto insoslayable para poder expresarse fundadamente”, precisamente, porque faculta a “recibir de parte del Estado información adecuada, veraz e imparcial”. Siendo así, especifica que conllevará el derecho y la obligación de “oír a todos los sectores interesados, deliberar y formar opinión sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptaren por parte de las autoridades públicas, intentando superar las asimetrías naturales que existen entre un individuo y el Estado⁷⁹”.

⁷³ Ver: considerando 19 de la Sentencia y considerando 16 del voto del Juez Rosatti.

⁷⁴ Ampliar en: Barra, Rodolfo, “El caso ‘CEPIS’: su trascendencia para el derecho público” (BA, LL, 14-12-2016, 14-12-2016, 6 - *La Ley* 2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

⁷⁵ Ver: Barra, Rodolfo, trabajo citado, al decir: “[...] la obligatoriedad de la audiencia pública y previa al dictado de los reglamentos tarifarios para el servicio público del gas natural, como expresión e instrumento de la democracia participativa y deliberativa (la que complementa, sin sustituir, a la democracia representativa-electoral)”.

⁷⁶ Ver: considerando 16 del voto del Juez Rosatti en su conexión con el pensamiento de Carlos Nino.

⁷⁷ Ver: considerando 18 de la Sentencia de Corte y el considerando 15 del voto del Juez Maqueda.

⁷⁸ Ver: considerando 19 de la Sentencia y considerando 16 del voto del Juez Rosatti.

⁷⁹ Cfr. considerando 19 de la Sentencia.

Respecto del segundo plexo de derechos los establecerá de manera implícita como “segunda condición” para un eficaz ejercicio del derecho de participación determinado “por la celebración de este espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, con un ordenamiento apropiado que permita el intercambio responsable de ideas en igualdad de condiciones y mantenga en todo momento el imprescindible respeto por el disenso, bajo el connatural presupuesto de que constituye un foro de discusión por un tiempo predeterminado en función de las circunstancias del caso y no de decisión, que se mantiene inalterada en manos de la autoridad pública”⁸⁰.

Sexto, corolario de todo el contexto de jerarquización presentado y, en mi opinión, uno de los más destacables pasajes del fallo se determina por la inferencia de vinculatoriedad que la Corte le atribuye a la audiencia pública. Aunque haya sido así señalado expresamente en el Fallo, éste y no otro es el elemento que posibilita cualificar la trascendencia jurídica de la omisión de celebrar audiencia pública en un procedimiento administrativo de determinación de cuadro tarifario y que, consecuentemente, posibilita determinar la magnitud del vicio sobre el elemento procedimiento⁸¹. El fallo logrará tal construcción a través de la conexión que establecerá entre el derecho de participación y el derecho a la decisión fundada⁸². Ello también es trascendente porque el derecho a la decisión fundada que antes fungía como contracara del derecho de petición, ahora luce también como atributo de los derechos de participación y acceso, como lógica derivación de los postulados democrático deliberativos.

Nuestro Máximo Tribunal estableció: “[...] este derecho compromete, precisamente, ese momento decisorio, pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan”⁸³. Ello luce trascendental y constituye un paso adelante, un salto de calidad institucional en el cual se vislumbra la plasmación del pensamiento del Juez Maqueda junto al Juez Lorenzetti. Es que la participación sin vinculatoriedad equivale a no participación. Precisamente porque aquella originaria participación “no vinculante” que alumbraron los marcos regulatorios de la era privatizadora si bien resultó trascendental en su tiempo requería del empoderamiento ahora especificado a modo de lógica evolución de un sistema de derechos efectivos que pareciera recién ahora lucir un poco más tangible⁸⁴. Acaso, sin referencia expresa, nuestro Máximo Tribunal haya, silenciosa

⁸⁰ Cfr. considerando 19 de la Sentencia.

⁸¹ Me remito al análisis del Profesor Rodolfo Barra (Barra, Rodolfo, “El caso ‘CEPIS’: su trascendencia para el derecho público”, BA, *LL*, 14-12-2016, 14-12-2016, 6 - *La Ley* 2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

⁸² Me remito al pensamiento de la Profesora María Angélica Gelli, al explicitar que la Corte en este punto reconoció: “Los usuarios tienen derecho a la celebración de las audiencias, que constituyen instancias de deliberación, no de decisión en términos estrictos. Pero, como ya se dijo, lo que surja de las audiencias no debe ignorarse por la Administración, quien debe considerar y apreciar lo que allí se diga y obrar en consecuencia”. (Autora y trabajo citado: “Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas. De ‘Cepis’ a ‘Abarca’”, BA, *LL-Sup. Const.* 2016 (noviembre), 9-11-2016).

⁸³ Cfr. considerando 19 de la Sentencia y considerando 17 del voto del Juez Rosatti.

⁸⁴ Ver: Sacristán, Estela, “Entre la Ley del Gas y la Ley de Emergencia”, *RDA* 2016-108, 5-12-2016, 1254, AP/DOC/1148/2016. La autora expresa, en lo atinente al derecho de participación: “CEPIS [...] ha puesto de relieve, a deshora, las cualidades y méritos de la participación ciudadana”.

pero certeramente, erigido su construcción a partir de las líneas directrices trazadas en los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y, en ello, haya otorgado renovada vigencia al lineamiento jurisprudencial trazado veinte años atrás en el celebrado caso “Youssefian” sentenciado por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, cuya ejemplar doctrina corresponde ser hoy elogiada por quien esto escribe⁸⁵.

V. La participación ciudadana y su reflejo en el marco normativo de las contrataciones administrativas de la Ciudad de Buenos Aires

La estructuración presentada sobre el derecho a la participación toma especial cuerpo en el ordenamiento constitucional local pues ya desde la cláusula primera de la Constitución de los porteños se principia declamando el mandato de “organizar sus instituciones como democracia participativa” reforzado por la consagración del principio de publicidad de los actos de gobierno contenido en la misma cláusula primera.

Este cariz participativo nutrió de sentido a las 49 cláusulas de derechos del Título Primero de la Constitución Local. Reflejo de ello se vislumbró en el primer ordenamiento de la Ciudad pleno en invocaciones de garantismo, participación, pluralidad y vecinalismo; tal el caso de la Ley N° 6 de Audiencias Públicas, cuyo contenido si bien es central en la materia que me ocupa excede largamente su tratamiento.

⁸⁵ CNCAF, Sala IV, “Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones” (23-6-1998). El Tribunal sostuvo que los mecanismos de participación ciudadana, en este caso la audiencia pública, “importan un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder” (Considerando XXVIII). Y estableció que la reforma constitucional incluyó “una serie de nuevos derechos y garantías para los ciudadanos” que “han abierto nuevos cauces para su participación, adoptándose figuras de democracia semidirecta” (Considerando XXXI). Merece especial referencia el voto del Juez Uslenghi al establecer: “[...] la profundización del sistema democrático de gobierno, en nuestros días, pasa por asegurar con canales jurídicos idóneos la articulación de la voluntad ciudadana, y por promocionar una expresión más de ella (cfr. Alejandro J. Uslenghi y Walter O. Gatti, ‘Aportes para una teoría de la participación administrativa’, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 162-40). [...] si bien el derecho a la participación ciudadana –aún antes de la reforma constitucional del año 1994– se encontraba encapsulado dentro de la trama de derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (cfr. Art. 33, Constitución Nacional), teniendo en consideración la jerarquía constitucional otorgada a los pactos internacionales enunciados en el párr. 2º del inc. 22 del actual Artículo 75, no puede dejar de señalarse que hoy se encuentra expresamente citado [...]. La regulación de un procedimiento previo al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana es altamente beneficiosa, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción de los órganos administrativos y en punto a lograr un máximo grado de acierto en la decisión. La intervención en el trámite de sujetos portadores de intereses colectivos proporciona a la Administración, además de aportes técnicos, la oportunidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, esto es, del agrado u oposición que puede encontrar una futura decisión. Ello, sin perjuicio de constituir una razonable reglamentación del derecho de los interesados a participar en las decisiones administrativas trascendentes que hacen al gobierno o dirección de los asuntos públicos”.

Sin embargo, a éste énfasis inicial no le sucedió un ordenamiento administrativo particular susceptible de contener sostenidamente aquella orientación pluralista, ciertamente, aún hoy de avanzada. De allí el gran problema que enfrentamos cuando hablamos de participación en los contratos locales: las grandes fórmulas participativas resultarán soterradas y difusas dentro de un marco administrativo local que si bien se presenta como nuevo se estructuró bajo los estrictos cánones clásicos de especificación del ejercicio de las potestades estatales debido al fuerte arraigo institucional de los usos administrativos contenidos en ello. Me refiero a los regímenes normativos principales sobre los que se apoya la formación y ejecución de los contratos, las leyes de: administración financiera, regímenes generales y especiales de contratación y procedimiento administrativo.

Así diré que el sistema contractual de la Ciudad se apoya, básicamente, en dos grandes normas generales. La Ley local N° 70, versión vernácula de arquitectura muy similar a la Ley de la Administración Financiera Nacional. Y la Ley N° 2.095 denominada “Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad [...]”.

Respecto de la primera, la Ley N° 70, corresponde decir que principiará –con énfasis– su articulado consagrando en su Artículo 3° que el sistema de control público se asienta en “la obligación de los funcionarios de rendir cuentas”, emulando así –o acaso fungiendo de contracara de– aquél *broccardo* revolucionario francés contenido en el Artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que proclamaba: “La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”.

Luego, la Ley N° 70 proseguirá con el mismo ahínco estableciendo en su Artículo 9°: “Se garantiza la participación de la población en la elaboración y seguimiento del Presupuesto Anual, del Programa General de Gobierno y del Plan de Inversiones Públicas del Gobierno de la Ciudad a través de foros temáticos y zonales [...]”.

También consagrará de manera indubitable en su Artículo 10: “Los sistemas establecidos y regulados por esta ley y toda norma que se dicte en consecuencia tendrán en consideración las prioridades de asignación de recursos elaboradas por instancias de participación de la población”.

Y finalmente llegará a establecer en su Artículo 29: “El presupuesto de la Ciudad de Buenos Aires tiene carácter participativo, el cual se garantiza mediante la consulta a la población en el proceso de elaboración y seguimiento”.

Sin embargo, más allá de estos altos anhelos de apertura y participación, el articulado comenzará progresivamente a omitir su pormenorización, precisamente, en aquellas normas en las cuales debieran de haber estado previstos.

Buen ejemplo de ello lo constituyen los denominados “objetivos de los Sistemas de Gestión Pública” trazados en su Artículo 12, orientados a proveer de datos, metodología e información “necesaria para que las decisiones públicas se tomen siguiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia”, mas no en el principio de participación, cuya falta de mención, ahora sí, a partir de aquí –excepción hecha del apuntado Artículo 29– comenzará a ser notoria y absolutamente extraña a los seis sistemas de Administración financiera que

luego desarrolló la ley –a partir de sus Artículos 26 en adelante–, entre los cuales se cuenta, ciertamente, el sistema de compras y contrataciones que aquí nos ocupa hoy.

Así, resulta elocuente que para cada uno de los sistemas se prevé un Órgano Rector en el que se concentran, como resorte exclusivo y cerrado, las potestades decisorias de cada uno sin reconocer, sin prever y sin incluso mencionar la posibilidad de mecanismo o instancia participativa alguna. Ejemplo de ello es lo que acontece en: el Artículo 14 en materia del órgano rector de los Sistemas de Programación de la Acción de Gobierno y del de Inversión Pública. O en su Artículo 39 respecto de la consagración de la Oficina de Presupuesto como el órgano rector del Sistema Presupuestario del Sector Público.

Aquí encontramos una notoria contradicción del sistema rayana con el sarcasmo porque, precisamente, el presupuesto que tantas veces se declamó y edictó como Participativo resulta ahora –por mandato expreso de sus Artículos 48, 49 y 50– resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, en orden a “determinar los lineamientos generales del proyecto de ley” sobre la base exclusiva de “los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y entidades”, debiendo “el Poder Ejecutivo presentar el Proyecto de Ley de Presupuesto General a la Legislatura, antes del 30 de septiembre del año anterior para el que rige”. Tal es lo dispuesto por las normas citadas. Así, el mentado presupuesto participativo se encuentra desvinculado y deviene un mecanismo que no se encuentra obligatoriamente integrado a las formas esenciales previas a la emisión del proyecto de ley ni tampoco a su debido trámite legislativo ulterior.

Lo propio acontece en materia de cierre de cuentas con motivo del cierre del ejercicio presupuestario. Es que el último párrafo del Artículo 70 es prístinamente claro al disponer que la información reunida al cierre es “centralizada en la Contaduría General para la rendición de cuentas del ejercicio que debe remitir anualmente el Poder Ejecutivo a la Legislatura”. Huelga decir que ningún atributo exterioriza el sistema en orden a concretar reivindicación alguna de aquel mentado *broccardo* revolucionario francés atinente al soberano derecho del pueblo a la rendición de cuentas de sus administradores, el cual, así las cosas, quedará reducido a la *futilidad de las bravatas retóricas*...

Y lo mismo se verifica en la Ley N° 2.095 de compras y contrataciones de la Ciudad. Si bien comporta una estructura afín a las previsiones del régimen nacional contenido en los Decretos Nros. 1.023/2001 y 1.030/2016 en orden a la implementación de tipologías y modalidades contractuales más dinámicos y actuales, se mantiene, en cambio, dentro de la sustancia procedimental clásica cerrada –por ende, no participativa– de concentración de potestades licitatorias y de ejecución contractual de dirección, control, interpretación, sanción y extinción de procedimientos y contratos, en cabeza –ora– de Órgano Rector –ora– de Unidades Operativas de Adquisiciones –honrando el mandato de centralización normativa y descentralización operativa (dicho sea de paso) siempre interna, cerrada y no abierta–, con el consecuente mantenimiento del consabido muy estrecho margen de actuación de derechos de petición y acceso –propios de la dogmática licitatoria tradicional– restringidos a los sujetos legitimados clásicos del procedimiento administrativo tradicional afincados en los estrechos –y por demás superados– confines de los derechos subjetivos y los inciertos intereses legítimos.

Entonces, ambas normas tienen en común el hecho de que verifican la paradoja apuntada: un grandilocuente enunciado del principio de participación que luego no encuentra ni eco ni especificación concreta en su articulado, el cual, por lo demás, modula y resuelve por remisión a las consabidas técnicas generales y tradicionales del procedimiento administrativo clásico. Veamos con algún detalle posible cómo se manifiesta esto en la ley local de compras.

Esta norma también principiará –con énfasis– su articulado declamando en el *inciso 8º de su Artículo 7º*: “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y [...] la utilización de las tecnologías informáticas que permitan [...] facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión [...] de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad”.

Y rematará en el párrafo final del mismo Artículo 7º la siguiente admonición: “Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden [...] los que servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente ley y como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables”. Pero al no prever la inclusión y desarrollo sistemático de mecanismos y resortes apropiados de actuación del derecho de participación que posibiliten vehicular una gestión abierta, éstos, en la cotidianeidad de la actuación concreta, se tornan ilusorios.

Buen ejemplo de ello lo constituye la cláusula de ronda de consultas y elaboración participada de pliegos de bases y condiciones. Así, su Artículo 88 establece como resorte exclusivo de la autoridad la facultad de convocar a una “etapa previa [...] para que los interesados formulen sugerencias y observaciones al pliego”, cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, ciertamente, a exclusivo criterio de la autoridad. Vale decir, la participación, en estos cánones, es entendida solo como un resorte, un recurso más del que cuenta el Poder, mas no como un derecho exigible puesto que no conlleva ningún atributo operacional propio de los procedimientos y sistemas abiertos.

Para comprobar esta aportación baste detenerse en la contracara de esta instancia abierta. Me refiero a lo dispuesto en el Artículo 83 sobre los recaudos de tramitación de las observaciones e impugnaciones.

Dispone la norma que “toda observación, impugnación, reclamo o presentación similar [...] debe ser tramitado conforme las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad”. Se restituye así a las formas clásicas de actuación del derecho administrativo tradicional en el cual tenemos que: 1º) se reconocerá solo un estrecho derecho a peticionar y recurrir, enmarcado dentro de los cánones del debido proceso adjetivo, el cual por ser anterior en su evolución –me refiero al derecho a peticionar como un estadio anterior a los derechos de participación y acceso– no será susceptible de contener a estas nuevas formas abiertas de expresión; 2º) que como corolario de lo anterior cualquier pretensión impugnatoria solo podrá ser deducida por quien encuadre dentro de las estrechas categorías de legitimación procesal clásicas afincadas en el ideario del derecho subjetivo pero muy difícilmente resultará formalmente admitido quien invoque intereses o derechos colectivos; y finalmente, 3º) dado que la participación si bien es declamada como principio y como

derecho, al no encontrarse entrelazada con efectividad y vinculatoriedad a los procedimientos de formación de la voluntad estatal, no se encuentra por ende erigida como un atributo o exigencia de los debidos procedimientos previos, esenciales y sustanciales previstos en la norma ni tampoco integrada a las formas esenciales de validez del contrato administrativo.

Se verifica la contradicción apuntada en la cual la participación se declama pero no se entrelaza ni como derecho, ni como instancia previa, obligatoria, efectiva, ni mucho menos vinculante ni tampoco bajo cariz o apariencia instrumental dentro de los procedimientos ni de formación ni de ejecución contractual.

Baste asimismo con reparar en que el así denominado “criterio rector” del sistema de contrataciones de la Ciudad, tal como reza el Artículo 16, propicia un sistema cerrado, sin ningún atributo participativo, dado que es explícito al reconocer que se “organiza en función de los criterios de centralización normativa y descentralización operativa” basado en las exclusivas ratios “de economía y eficiencia” pero sin ninguna mención al principio de participación, todo lo cual implica, como abiertamente se reconoce en su Artículo 17, que el sistema “estará integrado por un Órgano Rector y Unidades Operativas de Adquisiciones”; vale decir, mediante el tradicional mecanismo de organización administrativa cerrada propio y coherente con los cánones del derecho administrativo clásico para el cual la idea de participación resulta contraria a sus objetos, técnicas y finalidades de actuación.

VI. Invocación final

Debemos advertir en honor a la justicia y a ese sentimiento de humanidad que nos reconcilia con la vida y que debe guiar a los hombres que hacemos el derecho que, en la medida en que la participación ciudadana en el control de los actos del Estado siga siendo un derecho esencial de la democracia participativa moderna reducido *ex profeso* –por el propio Estado que lo declama– a una vacua proclamación, los ciudadanos, agobiados en el laberinto incierto de los rituales excesivos “de participación y acceso” que les impone ese mismo Estado –el cual solapadamente persigue, en verdad, el espurio fin de no ser controlado– se congregarán en un éxodo inevitable de sublevación promovido, irremediamente, por el abuso de poder del Estado.

Como ocurriera en aquella gran obra de Lope de Vega, *Fuenteovejuna*, símbolo de la unión del pueblo contra la opresión y el atropello del poder y cuyas palabras, como la sombra terrible de Facundo que evocara Sarmiento, hoy les recuerdo en voz alta a modo de exhortación final para así advertirnos: “Señor, debajo de vuestro honor vivir el pueblo desea”. “La sobrada tiranía [...] fue el autor de tanto daño”. “Cuando se alteran los pueblos agraviados, y resuelven, nunca sin sangre o sin venganza vuelven”. “Tiranos son, a la venganza vamos”. Que así no sea.

EXCURSUS SOBRE LA CRISIS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA Y LA FORMA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CUESTIONES SUBYACENTES

“La Constitución argentina ha sido fiel a su sistema de buscar la riqueza por el camino de la libertad; de servir al interés del fisco por medio del bienestar general; de obtener el aumento de la riqueza del gobierno por el aumento de la riqueza de los gobernados, que contribuyen a formarla; de agrandar las rentas del Estado por el aumento de las rentas de los particulares; y de someter su inversión a las mismas reglas de prudencia y de buen juicio de que depende el aumento de las rentas privadas”.
(Juan Bautista Alberdi)¹

I. Crisis de la Licitación Pública², su inadecuación a estándares internacionales y una nueva racionalidad embrionariamente contenida en los mecanismos excepcionales

I.I. En mi opinión, el creciente abordaje doctrinario sobre las contrataciones administrativas irregulares derivado del progresivo endurecimiento jurisprudencial, permite inferir algo

¹ Alberdi, Juan Bautista, “Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según la Constitución de 1853”, en *Obras Completas* de J.B. Alberdi, T. IV, Buenos Aires, Imprenta de “La Tribuna Nacional”, 1886, p. 310.

² Ver en Farrando, Ismael (Director), *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2002, especialmente en el Capítulo XI, p. 372, en adelante, al pronunciarse en estos términos: “Sin embargo, ella (la licitación pública) ha sido pasible de importantes críticas que pueden agruparse, primordialmente, en las siguientes: a) las rígidas normas procedimentales que la inspiran impiden la concurrencia y alimentan la burocracia; b) no se aseguran los derechos de los contratistas que participan en el procedimiento de contratación de manera efectiva; c) se deja de lado la eficiencia como principio a conseguir a cambio de asegurar una honestidad que no siempre se consigue; d) no asegura, en todos los casos, el verdadero interés de la Administración; ya que, en ocasiones, la rigidez procedimental excluye por meros requisitos formales a oferentes que proponían mejores condiciones; con lo cual la Administración termina adjudicando no la ‘mejor oferta’, sino la mejor de

más que la preocupación por escudriñar la argumentación de las decisiones judiciales³ o los alcances del principio de legalidad en la materia⁴. Contiene una preocupación que trasvasa los ejes de las discusiones sobre los crónicos divorcios entre la realidad y la norma⁵, o la pérdida cotidiana de la batalla por el imperio de la ley.

La doctrina argentina contemporánea nos presenta la siguiente paradoja: mientras que la judicatura postula intensificar el imperio de las formas, la realidad administrativa en su universo contractual se impone cada vez más informal con la consecuente reducción de los entramados licitatorios a una mera formalidad. En esta suerte, ya no es osado reconocer que la Licitación Pública adolece, al menos, de una triple pérdida de legitimidad.

Primero, porque suele ser social y empresarialmente percibida como un instrumento ineficiente, dudoso y cuestionable. Cada vez más es objeto de impugnaciones judiciales fincadas en que la licitación solo sería utilizada para favorecer al círculo áulico de turno⁶. Así, es reducida a la mera instrumentalidad de vehiculizar la consolidación de un *crony capitalism* doméstico⁷.

las pocas que quedaron luego de que se eliminaron las restantes por razones formales. [...] Lo expuesto no significa que el procedimiento de licitación pública no pueda ser mejorado atendiendo las críticas señaladas y teniendo en cuenta las circunstancias sociales, políticas y económicas del país. La tendencia mundial –de la que nuestro país no está excluido– hacia las economías abiertas, competitivas y desreguladas incide en los usos vigentes en materia de contrataciones del Estado. Se busca efectivizar los fines de toda contratación sin ritualismos ni formalismos estériles, intentando aumentar el número de oferentes nacionales e internacionales mediante licitaciones llevadas a cabo con transparencia y competencia” (obra y autor citado, pp. 372-373).

³ Ver en Farrando, Ismael, “Licitación Pública. Panorama de la Jurisprudencia actual”, en *La Ley*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, Buenos Aires, agosto-2010, pp. 210-217. El autor, tras presentar los lineamientos jurisprudenciales de la Corte respecto de la forma como requisito esencial de existencia del contrato administrativo (punto 2 de su trabajo, p. 212), concluye su trabajo, en línea con su pensamiento citado en la nota anterior, rematando: “[...] solo nos resta seguir pensando sobre qué otras medidas, además de su consagración como principio general, debemos ir adoptando, legislativamente –y en la práctica por parte de la Administración– para seguir combatiendo las desventajas de todo el sistema en sí mismo y la puesta ‘fuera de sistema’ que logra, muchas veces, la corrupción”.

⁴ Creciente interés graficado en el frondoso relevamiento evidenciado en: Ábalos Gorostiaga, Raúl, “El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 7-12-2010. Ver también: Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, “¿Un mundo feliz?”, Suplemento de Derecho Administrativo, *Revista La Ley*, Buenos Aires, marzo-2011, pp. 16-25.

⁵ Cfr. Rejtman Farah, Mario, “Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración pública en materia de contrataciones administrativas”, en Buenos Aires, *LL*, agosto-2010, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, pp. 197-209; al decir: “[...] debemos admitir que la Administración pública nos presenta un panorama bastante desolador cuando, con contumaz rebeldía, ignora en materia de contrataciones públicas, la fuerza de los pronunciamientos de la Corte Suprema [...] Esta frecuente inobservancia, desconocimiento o violación de la doctrina judicial [...] constituye un nada despreciable testimonio de la conflictiva relación entre prácticas y normas [...] Los hechos, sin embargo, muestran una peculiar realidad. La licitación pública no es, en modo alguno, el procedimiento general al que apela la administración para contratar bienes y servicios”.

⁶ Mairal, Héctor, *Las raíces legales de la corrupción (o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla)*, Buenos Aires, Cuadernos de la RPA, Editorial Rap, 2007.

⁷ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto: “Sobre los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2007, pp. 467-483; “Variaciones

Segundo, por la extendida percepción del funcionariado de que la licitación es, en realidad, un instrumento ineficaz si se trata de atender una necesidad pública en tiempo real⁸, de comprar o contratar el bien o servicio más adecuado a las reales necesidades y mejor ajustado en precio y condiciones.

Tercero, la licitación es vista además como un instrumento antieconómico. Tanto en el sector público como en el privado, se reconoce que la utilización de los mecanismos licitatorios conspira contra la economía de recursos, no solo por los consabidos sobrepuestos, sino también por los desfases provenientes de los extensísimos tiempos licitatorios.

A todo ello se suma la creencia funcionarial de que, si se la utiliza, se corre el riesgo de caer rehenes del poder de imposición de una suerte de Goliath económico agrupado tras las cámaras empresariales, un poder más fáctico que jurídico y, por ello, acaso más efectivo. Pero esto último abriría a otra discusión que excede en mucho a este aporte.

Así es que, por ineficacia, por ineficiencia, o por la antieconomicidad del instrumento licitatorio, los autores reconocen que predominantemente el Estado compra, se abastece, refacciona y construye directamente sin contrato. Un porcentaje altamente significativo de obras públicas, servicios y aprovisionamientos estatales no discurren por los cauces formales, y son atendidos mediante mecanismos excepcionales desprovistos del cariz procedimental⁹. Ni siquiera bajo contratación directa, porque se sostiene que su trámite, similar al licitatorio, impide atender la necesidad pública en tiempo real. De allí, la recurrente utilización de los celerísimos mecanismos erogatorios previstos en las normas de administración financiera rotulados como “fondos rotatorios”, “cajas chicas especiales”, o las lisas y llanas “aprobaciones de gastos”.

La preocupación oculta que, para mí, trasunta la doctrina, es la racionalidad licitatoria misma, la vetustez y obsolescencia de procedimientos que, pensados “en” y “para” otros tiempos, fueron estructurados desde la métrica de las antiguas prácticas de aprovisionamiento, hoy ya largamente superadas. Más allá de los casos puntuales, lo que está en crisis es la antigua formulación normativa, aún vigente, de los tradicionales procedimientos selectivos

y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica”, en *A & C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional* N° 27, Curitiba-Brasil, pp. 11-42.

⁸ Cfr. Rejtman Farah, Mario, *op. cit.*, p. 203 (con cita a García Sanz, Agustín, “Licitación pública v. contratación directa ¿la batalla perdida?”: “[...] las licitaciones públicas celebradas por los diferentes organismos alcanzados por las provisiones del Decreto delegado N° 1.023/2001 fueron solo de alrededor del 12 % al 15 % en el período 2004-2008 y un 19,3 % en el año 2009, sin considerar las contrataciones no informadas y las efectuadas a través de mecanismos que no requieren comunicación a ese órgano rector”.

⁹ A modo de ejemplo, en los informes de auditoría de la AGCBA es común encontrar entre sus conclusiones que en materia de adquisición de muebles, insumos de librería y de hospitales, y alimentos para comedores escolares, hay un alto porcentaje de contrataciones realizadas bajo procedimientos de excepción, fondos de emergencia, y contrataciones directas. Además se detectó una reiterada falta de justificación de la urgencia argumentada en las mismas, e incumplimientos de los recaudos para la invocación de las aprobaciones de gastos, entre otras deficiencias. En www.agcba.gov.ar (Conf. Informes Finales de los proyectos 8-5-2003, 2-9-2008 A, 2-5-2004, 4-7-2010, 3-9-2014).

de contratistas, los cuales crujen y claman por modernizarse, por agilizarse y adaptarse a la velocidad y desestructuración de los tiempos actuales, en pos de la tan reclamada previsibilidad y seguridad jurídica¹⁰.

I.2. Lo anterior verifica que tanto el abrupto desapego estatal hacia la Licitación Pública, cuanto el rechazo que concita en la sociedad civil, la empresa y el mundo académico, obedece principalmente a un hecho incontestable: la licitación, tal como está planteada hoy, no es más ni un mecanismo adecuado, ni apropiado –ni mucho menos eficiente, eficaz o económico y ni qué decir transparente– para atender necesidades públicas.

De allí que no sea osado sostener su inadecuación a los estándares internacionales que recaban el desarrollo de sistemas apropiados y eficientes de contratación pública.

Ello así pues advierto que la primera cualidad –la exigencia de sistemas apropiados de contratación– se contiene en el Artículo 9º, inciso 1º, apartados b), c), d) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al decir: “Cada Estado Parte [...] adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones [...]. Esos sistemas [...] deberán abordar [...] la formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación [...] la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos [...] un mecanismo eficaz de examen interno”.

¹⁰ Ver en Farrando, Ismael, obra citada, al señalar: “Más que hablar de sistemas ‘alternativos’, creemos conveniente resumir las pautas que deben tenerse en cuenta para mejorar el procedimiento de la licitación pública como procedimiento regla en materia de contrataciones del Estado [...]. a) Reforma legislativa. Es necesario la implementación de una seria y definitiva reforma legislativa que regule ordenadamente las contrataciones del Estado [...] b) Restablecimiento de los registros de proveedores en forma no limitativa. Una buena práctica contractual es implementar un sistema de registro de proveedores del Estado que permita –mediante un debido funcionamiento interconectado de organismos públicos nacionales, provinciales y municipales– contar con información actualizada y veraz acerca de los antecedentes contractuales, contables, fiscales, etc., del posible cocontratante de la Administración [...] c) Debida y razonable aplicación del principio de ‘informalismo a favor del administrado’ [...] implica que deba flexibilizarse el estricto rigorismo aplicado a este procedimiento en aras de una mayor eficacia y respeto del principio de concurrencia de los ofertantes, limitándolo a los aspectos que conciernen al objeto mismo del contrato [...] d) Implementación de adecuados mecanismos de control social que aseguren la transparencia de la contratación [...] e) Asegurar un efectivo sistema de recursos y sanciones para lograr el reconocimiento de los derechos de los ofertantes [...] f) Reglamentación de distintas modalidades que puede asumir la licitación pública según el tipo de contratación de que se trate [...] g) Aplicación de los sistemas modernos de ‘mejora final de precio’ [...] (Al respecto me remito a mis reflexiones en torno al sistema de ‘data room’ en mis trabajos citados en la nota 7 de este trabajo) h) Precalificación de ‘interesados inscriptos en los registros [...] facilita el trámite de la contratación pudiéndosele dar a los precalificados la posibilidad de participar en las etapas previas de confección de los pliegos licitatorios’ i) Independencia de las comisiones evaluadoras [...] j) Los principios aplicables a la contratación deben facilitar la integración entre distintas jurisdicciones [...] En cuanto concierne a las contrataciones que se desenvuelvan en el ámbito del MERCOSUR, ellas se concretarán sobre la base de los procedimientos administrativos de los países que lo integran, mientras no se dicte una norma comunitaria que rijan la materia” (Farrando, Ismael, *op. cit.*, pp. 373-376).

Y por su parte, la segunda cualidad—la exigencia de sistemas eficientes de contratación—se contiene en el Artículo 3º, inciso 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, al decir: “[...] los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer [...] sistemas para [...] la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

I.2.1. Así planteadas las cosas, tampoco sería osado sostener que la nueva racionalidad aspirada en dichas normas internacionales se encontraría embrionariamente contenida en los mecanismos excepcionales de contratación.

Desde esta óptica y bajo el cuadro de situación descrito—respecto de la mecánica de aprovisionamiento estatal no por contratación directa sino directamente sin contrato—, podría llegarse al extremo de sostenerse que la nueva racionalidad contenida en las normas internacionales comentadas discurriría—paradójicamente—por los mecanismos erogatorios imperantes—esos que luego son fulminados en sede judicial—, fincado ello en la generalizada aceptación de que su uso constituye el único mecanismo de contratación apropiado y eficiente para la atención en tiempo real de las necesidades públicas.

Si a lo anterior se le agrega la consideración de que tales mecanismos cuentan con reconocimiento legal, desarrollo reglamentario y amplio espectro de reconocimiento, entonces estaríamos frente a unas prácticas que lejos de desdeñarlas y fulminarlas judicialmente, debiéramos empezar a discutir seriamente en orden a la necesidad de intensificar la reglamentación de sus procedimientos, especificar el contenido de los derechos y las estructuras de las garantías de sus contratantes y cristalizar las especiales prerrogativas estatales que, de manera diferenciada, cuadren utilizarse por caso.

I.3. Pero remarco, de verificarse esta hipótesis, debe advertirse la necesidad de avanzar en el desarrollo de acciones de fortalecimiento, porque no solo la actual disfunción operativa del sistema licitatorio es fuente de inequidades, sino que además el mantenimiento de este *status quo* fomenta la corrupción estatal.

Hablo de *status quo* porque el aprovisionamiento administrativo al amparo de mecanismos excepcionales no suficientemente reglamentados y carentes de una adecuada y pormenorizada estructura de derechos y prerrogativas abre a una dudosa discrecionalidad. Y ello incentiva la corrupción estatal porque si frente a la ulterior negativa administrativa a la aprobación del gasto el contratista o proveedor decide reclamar judicialmente, se encontrará con que estas prácticas resultan luego severamente fulminadas en sede judicial con la subsecuente supresión de sus legítimas expectativas remunerativas. En el Estado actual, la única alternativa del particular frente a tal escenario será aceptar el quantum que graciosamente el comitente desee reconocerle, o quedarse sin nada.

II. El ciclo de conflicto en las denominadas contrataciones administrativas irregulares

Un simple repaso de los hechos determinantes de casos como “Ingeniería Omega” u otros que nos ocuparán en este trabajo basta para graficar lo expuesto.

El ciclo sería el siguiente:

Primero, el encuentro furtivo. Como mayoritariamente las necesidades estatales se atienden mediante carriles informales de aparente legalidad¹¹, se genera en los contratistas y proveedores una apariencia de previsibilidad (a modo del “elixir de Dulcamara” de la ópera de Donizetti), en base al cual se avienen a concretar sus prestaciones, muchas veces, sin siquiera contar con previa orden de servicio. Esa aparente previsibilidad se logra por intermedio del dictado de reglamentos mediante los cuales se instrumentan los mecanismos erogatorios –derivados de las normas de Administración financiera–, los cuales, dotados de celeridad extrema, concentran las facultades aprobatorias del gasto en los propios estamentos superiores de conducción de la Administración *activa*.

Segundo, el compromiso aparente. Dado el cuadro anterior, los servicios jurídicos permanentes –que de tanto en cuanto se ven llamados a intervenir– asistirán al *fait accompli*, acompañando o tolerando estas prácticas bajo variopintas justificaciones que a veces incluirán un rosario de retahílas genéricas y un recetario de recomendaciones impracticables. Eso sí, cuidando siempre de no alertar al destinatario con admoniciones concretas y certeras relativas a la ulterior fulminación jurisprudencial de tales vínculos y mucho menos despertando suspicacias respecto de la funesta pulverización de las endeble expectativas de lucro del contratista que tal línea jurisprudencial acarrea. No obstante, robustece la apariencia de legalidad y uso administrativo engendrada con el dictado de los reglamentos erogatorios.

Tercero, el idillio. Como la operatoria aparenta ser eficaz y el mecanismo es ágil, flexible, permite atender necesidades reales objetivas en tiempo real, dado que resulta exento prácticamente de controles y descontracturadamente ausente de formas esenciales –y también resulta permisivo de connivencias–, su utilización crece exponencialmente y se generaliza a todos los ámbitos posibles de utilización.

Cuarto, el desengaño. Terminada la gestión del funcionario emisor de tales órdenes de servicio, su sucesor, muy probablemente remiso a continuar el escenario anterior, discontinuará selectivamente al contratista declamando su desacuerdo con tales prácticas. Desaprobará lo actuado, desconocerá los servicios prestados y, consecuentemente, no autorizará ni aprobará gasto alguno. A no dudar que pagarán justos por pecadores. Llevada a juicio la pretensión de reconocimiento del crédito, los vínculos anudados a la luz de estas prácticas resultarán judicialmente fulminados por violación de las formas esenciales y del principio de legalidad en materia de contratos administrativos¹². Tendrá lugar el imperio

¹¹ Tal como reconoce Rejtman Farah, *op. cit.*, p. 203: “Sea pues por encontrar la contratación directa amparo en alguna de las causales previstas como de excepción –frecuentemente sin fundamentos de hecho que habiliten a hacerlo– o por acudir a mecanismos tales como los legítimos abonos, la utilización de fondos rotatorios, las contrataciones celebradas por caja chica o a través de la administración de fondos fiduciarios, lo concreto es que en la realidad administrativa el principio general de la licitación pública como procedimiento de selección al que la CSJN ha hecho referencia no tiene real incidencia”.

¹² Como explicó el Profesor Farrando en su trabajo “Licitación pública. Panorama de la jurisprudencial actual”: “1. Formalidades legales del procedimiento. Principio de legalidad: la validez y eficacia de los contratos administrativos se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes

de la línea jurisprudencial que será objeto de análisis en este trabajo. Y con ello la perplejidad que invade a todo aquel que intente comprender este fenómeno, a cuyo tratamiento seguidamente me aboco.

III. ¿El caso “Ingeniería Omega” modificó el régimen de nulidades del Decreto Ley de Procedimientos Administrativos?

III.1. Dentro de la tipología de casos que nos ocupa¹³, el caso “Ingeniería Omega” es de especial referencia. Sentenciado una década atrás por nuestra Corte Suprema, operó una modificación en la doctrina del Alto Tribunal en torno a la nulidad de los contratos administrativos celebrados al margen de las formas esenciales previstas en los regímenes contractuales estatales. Si hasta ese momento las contrataciones irregulares merecían la declaración judicial de nulidad mediante la aplicación del régimen de invalidez de los actos administrativos contenido en el Decreto Ley N° 19.549/1972, la nueva solución endureció el cariz proyectando al campo del derecho público la tesis civilista del acto inexistente. En consecuencia, situaciones hasta ese momento nulificadas pasaron a fulminarse de inexistentes.

Centrada en éste último punto, unánimemente la doctrina comenzó a departir el viraje operado, en el convencimiento de que se estaba frente a un momento trascendental. Se erigió al Fallo en hito o acaso se lo mitificó. Esto último, porque la supuesta nueva solución en nada cambió la sustancia del problema ni la inequidad de la solución imperante, consistente en hacer recaer sobre el particular, sin previa consideración de su obrar de buena o mala fe, o sin reparar en las calidades personales del contratista, su habitualidad o su carácter ocasional, todo el peso del incumplimiento administrativo proveniente de la deliberada decisión estatal de apartarse de los procedimientos esenciales licitatorios cuando son exigidos. Como explica moderna doctrina, el particular paga todo el incumplimiento de su comitente estatal sobre quien paradójicamente recae la obligación de gestionar y dirigirse bajo estricto sometimiento a las reglas y procedimientos derivados del principio de legalidad en materia de contrataciones administrativas.

De allí que el supuesto nuevo temperamento, al igual que sus modulaciones subsiguientes, no modificó el problema de fondo. Solo endureció una inequitativa línea jurisprudencial al profundizar la intensidad del reproche.

en cuanto a la forma y procedimientos de contratación [...] La Corte sigue manteniendo este férreo principio que, podemos decir, se encuentra ya consolidado en la doctrina tradicional de aquella, en cuanto a la necesidad de que la Administración se conduzca –en la contratación administrativa– a través de procedimientos de selección ‘típicos’ [...] Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, ella debe ser respetada porque se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta es la causa principal del principio anteriormente analizado: la forma es un requisito ‘esencial’: sin forma no hay contrato. Su incumplimiento hace a su existencia, y no a su validez. Si no se han cumplido las formas, la Corte, directamente, más que invalidar el contrato, en una postura radical, sostiene que el contrato no existe: es inexistente” (obra y autor citado, p. 212).

¹³ Puede accederse a un excelente relevamiento y ajustado análisis de esta casuística en el trabajo de Sebastián Álvarez: “Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 382, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

Este criterio imperó durante la casi totalidad de la primera década del siglo XXI –si bien con sutiles atemperaciones– hasta el Fallo “CASE” (2010), a partir del cual la Corte pareciera retomar la senda anterior. No obstante, sería muy prematuro concluir que la doctrina de “Ingeniería Omega” ha quedado superada y la cuestión zanjada. Hay una cuestión pendiente, como dije, motivo de este trabajo, que subyace a los pronunciamientos en esta materia y que atañe a la compensación debida en los casos de comprobada buena fe de parte del contratista –que en estos casos, se trata casi siempre de emprendimientos individuales o, en el mejor escenario, de empresas pequeñas– y a la atención de una realidad insoslayable: la funesta y recurrente fuga a los debidos procedimientos licitatorios de parte de las autoridades administrativas. Se encapsulan además otros problemas que ciertamente requieren de un llamado de atención institucional para que se pueda ir hacia una solución integral. Me refiero a la juridicidad que, a la hora de ponderar la solución más justa para estos casos, debiera imperar en materia contractual administrativa, integradora de todo el plexo normativo, constitucional y axiológico.

III.2. La pregunta es muy sugestiva y aún hoy sigue dando que hablar a una polémica inconclusa atinente a la problemática del contrato administrativo¹⁴ y las cuestiones subyacentes provenientes de la excepción empíricamente devenida en regla en materia de adquisiciones de bienes y servicios por el Estado¹⁵, seguida por su posterior fulminación en los Tribunales.

La cuestión es de suma actualidad y ajustada polémica. Nadie duda de su existencia, y tiene especial tratamiento¹⁶ tanto por los organismos estatales especializados cuanto por las Organizaciones No Gubernamentales representativas en la materia¹⁷.

Incluso –como ya referí–, nuestra Corte Suprema ha adoptado diferentes criterios en este tipo de supuestos. Para dar cuenta de ello es que analizaré esta controvertida cuestión a partir de su decisión en el fallo “Ingeniería Omega”¹⁸, para luego desarrollar los lineamientos seguidos en “Cardicorp” y en “CASE”.

En el primero de ellos, el Máximo Tribunal fulminó los aprovisionamientos estatales acometidos fuera de los procedimientos selectivos tradicionales mediante la teoría del

¹⁴ Pondré mi acento en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, donde tomó cuerpo y lugar no solo el caso “Ingeniería Omega” sino la casi totalidad de los casos integrantes de la miríada de Fallos de cita doctrinaria frecuente relativos a vínculos anudados al fragor de los mecanismos de excepción.

¹⁵ Ver García Sanz, Agustín, “Licitación Pública vs. Contratación Directa, ¿la batalla perdida?”, *ResPública Argentina* 2006-3.

¹⁶ Ver García Sanz, *op. cit.*; Rejtman Farah, Mario, “Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración pública en materia de contrataciones administrativas”, *La Ley*, Suplemento Extraordinario 75 aniversario, agosto-2010, p. 197.

¹⁷ Tales como Transparencia Internacional, Oficina Anticorrupción, Oficina Nacional de Contrataciones Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.

¹⁸ CSJN, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 5-12-2000.

acto inexistente, y mantuvo este criterio en gran cantidad de casos de reiterada reseña¹⁹. Aquel temperamento aparentemente habría insinuado modificarlo en “Cardiocorp” aunque no abiertamente, razón por la cual interesará aquí repasarlo.

Finalmente, en “CASE”, la Corte vuelve a sostener aquella doctrina acerca de la nulidad del contrato administrativo, dejando de lado su postura en “Omega”, en cuanto a que la violación del requisito de las formas en la contratación lo torna directamente inexistente.

IV. Algunas cuestiones excluidas de la discusión

Tratada en numerosas oportunidades, quedan fuera de discusión –o se discuten muy minoritariamente– cuestiones atinentes a la justicia, equidad y legalidad que deben recabar de tutela efectiva, en esta materia.

La simple referencia a los hechos de esta tipología de casos resulta elocuente y nos revela, principalmente, lo siguiente:

Primero, la similitud de los sujetos contratantes exteriorizada en la presencia, por un lado, de mini PyMES nacionales y, por el otro, de reparticiones integrantes de la Administración prestacional (Salud, Educación, Desarrollo Social, etc.).

Segundo, la universalización de estas prácticas de excepción que convierte en uso frecuente a la excepción, generando la percepción aparente de regularidad que luego es fulminada en sede judicial.

Tercero, la ausencia en la discusión acerca de la vinculación entre supuestos relacionados con los mecanismos erogatorios y aprobatorios de gastos junto con el ordenamiento al que concretamente refieren, por cuanto es frecuente que hechos muy similares al de los casos que nos ocupan se anuden al amparo de regímenes reglamentarios excepcionales contenidos en el régimen de Administración financiera, y que se anudan al fragor de la inflación reglamentaria local²⁰.

Cuarto, su habitualidad, en tanto estas modalidades excepcionales de contratación suelen ser el único sustento que nutre al giro empresario de algunas PyMES que, presumiblemente por su porte, no tienen acceso ni al mercado licitatorio estatal ni a la posibilidad de integrarse a alguna de las Cámaras empresariales con real presencia en el sistema de contrataciones estatales.

¹⁹ Ver: “Distribuidora Médica de Elena Kapusi”, del 11-9-2001; “Oxigenoterapia Norte”, del 14-5-2002; “Sorriddi S.A.”, del 21-5-2002; “Rigecin Laboratorios S.A.C.I.F.”, del 28-5-2002; “Hius S.A.”, del 11-6-2002; “Lemcol S.A.”, del 11-6-2002; “Tuteur S.A.”, del 2-7-2002; “Serendipia S.A.”, del 11-7-2002; “Seguridad Argentina S.A.”, del 18-7-2002; “Patricia y José García S.R.L.”, del 20-3-2003; “Produlab S.R.L. y otro”, del 4-7-2003 (Cfr. RAP-382: Álvarez, Sebastián, “Principio de legalidad...”, *op. cit.*).

²⁰ Se recomienda ver en la historia administrativo-municipal-capitalina reciente los regímenes sucesivamente estatuidos a través de los Decretos del GCBA Nros. 1.264/1999, 116/1999, 1.370/2001, 2.143/2007, 400/2008, hasta el flamante Decreto N° 556/2010 y su recientemente modificatorio N° 752/2010.

Quinto, reflejo de lo anterior, el carácter endeble tanto de los inexistentes o raquíticos estados financieros de estas pequeñas empresas (muchas veces modestísimos emprendimientos unipersonales) cuanto de los precarios títulos jurídicos de sus vínculos contractuales –que no pasarán de simples aprobaciones de gastos– revelará la volatilidad de su presencia institucional que se desvanece con el cambio de gestión.

Sexto, la ausencia prácticamente absoluta de intervención en estas prácticas de los altos organismos estatales receptores o destinatarios de la Alta Contratación de infraestructura y servicios, de las empresas tradicionales en plaza, y de las Cámaras empresariales tradicionalmente vinculadas a dicho alto quehacer estatal pero jamás a un inversor extranjero.

Todo ello nos hace preguntar entonces cuál es la razón de ser de los procedimientos selectivos actualmente imperantes, si en materia de adquisición de bienes y servicios por el Estado, no solo la excepción se convierte en regla, sino que se utilizan mecanismos previstos en las normas de Administración financiera, pero expresamente excluidos de los regímenes de contrataciones.

V. Breve identificación de la estructura jurídica de los mecanismos de excepción. Hacia el descorrimiento del velo de las formas

V.I. Hay una realidad que convendría integrar a la discusión, como se apuntó al inicio de este trabajo. Insisto, estas mal llamadas contrataciones irregulares frecuentemente se anudan por mecanismos que están absolutamente por fuera del sistema que las regula y no son siquiera “contrataciones directas”, a pesar de que en los hechos sean las “más directas de las contrataciones” e integren el tráfico jurídico²¹.

Los mecanismos de excepción apuntados²² poseen reconocimiento legal, jerarquía reglamentaria y encuentran su enclave normativo en la propia Ley de Administración

²¹ A pesar de que su tratamiento merece un estudio aparte, los procedimientos utilizados como alternativa a la regla de la licitación pública existen en numerosas legislaciones extranjeras. A modo de ejemplo, si bien a diferencia de los supuestos que consignamos en este trabajo se encuentran contemplados normativamente y poseen un régimen jurídico especial y diferenciado, en España la figura de los “Contratos directos” ha sido objeto de debate y encuentra cierta resistencia en su aceptación como una alternativa válida para la no aplicación de la licitación pública. Es que, si bien éstos se encuentran contemplados en la misma Ley de Contrataciones con el objetivo de la “simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación”, su régimen jurídico se encuentra limitado a “la definición exclusiva por razón de su cuantía, a la necesidad de aprobar el gasto y a la de incorporar al expediente la factura correspondiente” (Moreno Gil, Oscar *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*, 5ª edición, Madrid, Ed. Thomson Civitas, pp. 920 y 921). En relación a esta figura y su limitación en particular se ha indicado además que “el dato de la pequeña cuantía se ve reforzado por la idea del cumplimiento instantáneo o, en todo caso, en un lapso corto; y la prohibición de fraccionamiento del contrato para eludir los requisitos procedimentales (Art. 74.1 LCSP) se ve complementada por la prohibición de prórroga”, ello no obstante se les ha reconocido ser “la excepción a los principios de publicidad y concurrencia que resultan ser los contratos menores en el caso de las Administraciones públicas” [Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.), *Comentarios a la Legislación de Contratación pública*, T. II, Madrid, Ed. Thomson Reuters, p. 64].

²² Mecanismos ora denominados “cajas chicas especiales”, “fondos rotatorios”, “legítimo abono”, “aprobaciones de gasto” o directamente por el número de la norma que los inviste. Por ejemplo, en el ámbito del “GCBA”, se los conoce como “1.370”, “2.143”, etc.

Financiera aunque, paradójicamente, las Administraciones de turno se esfuercen por desvincular su fundamentación, soslayar su tratamiento, o reducirlo a su simple mención²³.

En una rápida alusión a la estructura jurídica de estos mecanismos se encuentra un enclave legal en el Artículo 35 de la Ley de Administración Financiera N° 24.156, norma que faculta a las Administraciones de los tres poderes a establecer “los límites cuantitativos y cualitativos mediante los cuales podrán contraer compromisos [...] La reglamentación establecerá la competencia para ordenar pagos y efectuar desembolsos y las habilitaciones para pagar que no estén expresamente establecidas en esta ley”. Y por su parte, el Artículo 81 establece las bases legales de los sistemas de fondos permanentes y cajas chicas. Y en lo que respecta a la actualidad del cambiante régimen erogatorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tenemos lo siguiente: primero, que los Artículos 104 y 105 de la Ley N° 70 establecen el sistema de fondos permanentes y cajas chicas; segundo, que mediante el Decreto N° 67/2010 se aprueba el régimen para los fondos rotatorios, cajas chicas especiales y comunes. Asimismo, el Decreto N° 752/2010 establece el nuevo cuadro de competencias para las aprobaciones y autorizaciones de gastos de imprescindible necesidad.

V.2. A lo anterior se agrega la falta de tratamiento en los estrados judiciales tanto de los enclaves legales, como el apuntado, cuanto de su razón de ser y los alcances de los derechos que hipotética o presumiblemente cuadre reconocer al contratista²⁴.

Ello nos invita a intentar encontrar un camino que permita superar las actuales soluciones inequitativas emitidas en legalidad pero con el sinsabor de la necesidad de más justicia, ya que estos mecanismos erogatorios urgentes, base de las contrataciones ulteriormente fulminadas, constituirían derivaciones de mecanismos reglamentarios que hunden sus raíces en disposiciones legales relativas al presupuesto público, como las comentadas y que por tal razón, y al integrar un sistema diferenciado, no suelen ser parte de la discusión del contrato administrativo. Frente a esta realidad, cuando no se rechaza totalmente la pretensión del contratista, el mecanismo de pago se lleva a cabo a través del instituto del “legítimo

²³ Excepción hecha de la lacónica referencia a la Ley N° 70 concretada en el “visto” del Decreto N° 1.370/GCBA/2001.

²⁴ De la misma forma, algunos autores cuestionan hasta qué punto el deber de diligencia debe exigírsele al contratista y hasta dónde debe presumirse su mala fe, cuando estamos frente a contrataciones administrativas reguladas por normas que son modificadas constantemente durante su ejecución, y donde la incertidumbre jurídica rige respecto de cuál es la reglamentación aplicable a ese contrato en particular. Así, se ha señalado que “este ‘deber’ –al parecer solo en cabeza del contratista– debe incluir, necesariamente, el conocimiento de la normativa a la que se sujetan las contrataciones, pero cabría agregar ahora y a tenor del fallo comentado, que dicho ‘deber’ cede cuando existe una profusión de normas dictadas en un corto periodo de tiempo”. Ello fue justamente analizado en el reciente fallo “Copacabana S.A. c/ GCBA”, en donde se “viene a poner en su justa medida el principio de buena fe y el cese de la obligación del contratista –en ciertos y particulares casos– de conocer las normas que rigen un determinado procedimiento de selección, cuando existe, como en este caso, una profusión de normas que excedan un parámetro razonable”. En Cardaci Mendez, Ariel; Dubinski, Guido, “Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)”, en *LL*, Suplemento de Derecho Administrativo, noviembre 2010, p. 56.

abono”, que viene a invocarse como respuesta a este tipo de contrataciones esquivas a los procedimientos licitatorios regla pero que no está prevista como procedimiento legítimo²⁵ y, para peor, se admite sin previo análisis de costos y margen de utilidad razonable del contratista.

Desafortunadamente, ésta pareciera ser la única respuesta frente a tal controversial tema, que para mayor pesar del contratista, el pago que percibirá será sólo en contraprestación del servicio recibido de conformidad y no en base a la contratación celebrada en oportunidad, ya que “el contrato que eventualmente pudo haber mediado resultaría nulo por incumplimiento de las formalidades exigidas para su validez, por lo que el eventual crédito de quien prestó el servicio no surgiría directamente de él, pues ello importaría atribuir eficacia a un acto radicalmente nulo”²⁶, lo que opera de excusa para no incluir el lucro y pagar sólo el valor de la prestación efectuada.

Se entiende por *legítimo abono* al “acto administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor del Estado, cuando no existe un contrato válido que pueda servir de fundamento del referido desplazamiento patrimonial—en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente— pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa”²⁷. Por su parte, se considera *enriquecimiento sin causa* al ejercicio patrimonial que permite hacer uso de la *actio in rem verso*, al configurar los siguientes elementos: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil—nacida de un contrato o de la ley—para remediar el perjuicio²⁸.

A modo de ejemplo, con fundamento en esta teoría, el Máximo Órgano Asesor de la Ciudad de Buenos Aires aconsejó a las reparticiones estatales las aprobaciones de gastos correspondientes a la prestación del contratista. Reconociendo que se trata de “una aprobación de gastos que no fueron gestionados a través de los procedimientos vigentes en materia de contrataciones”, y frente a la efectiva prestación del servicio por parte de la empresa, ha dicho que “resulta equitativo que se propenda a su retribución a fin de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración”²⁹.

²⁵ Rejtman Farah, Mario, “Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos. Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, 1ª edición, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 907.

²⁶ PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002.

²⁷ Marchetti, Luciano, “¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido”, en *El Derecho Administrativo* serie especial. *El Derecho*, 2005, p. 706.

²⁸ PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002.

²⁹ Conf. Dict. PG N° 64950/2008. Ello sin perjuicio de que, frente a la inexistencia de justificación para la inobservancia de los procedimientos regla aplicables a las contrataciones, y ante la posible existencia de faltas administrativas cometidas por los agentes que llevaron adelante la contratación, pueda esclarecerse y eventualmente efectivizarse la responsabilidad disciplinaria de los mismos a través de la instrucción del correspondiente

Con base en el criterio sostenido por la Procuración del Tesoro de la Nación, el razonamiento es el siguiente: “[...] en primer lugar, cabe señalar que la contratación de que se trata, por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación, está viciada de nulidad absoluta [conf. Art. 14, inc. a), Ley N° 19.549–BO27-4-1972–]. 3.2. Sin embargo, no puede desconocerse el efectivo cumplimiento de la prestación por parte de la empresa [...] y su aceptación de conformidad [...]. 4. Sobre la base del cumplimiento de la prestación por parte de la adjudicataria y su aceptación de conformidad [...] resulta pertinente entonces el reconocimiento de legítimo abono por la suma de tal concepto, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. Ello así, ya que se encontrarían reunidos los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción *in rem verso*: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito que legitima la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o una ley– para remediar el perjuicio”³⁰.

Cabe reiterar que pese al reconocimiento de la prestación y la solución ofrecida para la procedencia de su pago, nos enfrentamos a otro inconveniente en desmedro de la contratista: y es que el monto que se abone por la prestación reconocida bajo la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir. Así, aún en aquellos casos en los que se hace lugar a la pretensión de la empresa, no se le reconoce el pago del monto total de la factura presentada por el proveedor –que siempre incluye el lucro–, sino solamente la estructura de costos que finalmente se le reconozca; es decir, el valor del enriquecimiento en la medida de su empobrecimiento. En mi opinión, ello da lugar al oscuro legado que abordaré sobre el final.

La Procuración General de la Ciudad ha dicho: “[...] *el instituto no tiene por objeto reparar el perjuicio sufrido por el empobrecido, sino restablecer el equilibrio patrimonial alterado a raíz de un movimiento de valores jurídicamente injustificado y que no tiene límites precisos, no pudiendo exceder su importe del efectivo desmedro del empobrecido ni ser mayor que el enriquecimiento logrado por la parte contraria [...], estando siempre sometido al límite menor [...]*”³¹.

Esto podría verificar tres puntos de apoyo para la formulación de un nuevo interrogante: si se rechazara la idea de que estos mecanismos, en su estado actual, no reunieran aún los estándares de sistema apropiado o eficiente de contratación recabado por las normas internacionales, acaso, ¿no serán *uso administrativo o costumbre* generadora de derechos?³²

sumario administrativo. La PTN coincide con ello explicando que la presunción de que en la contratación no se respetaron las normas del Reglamento de Contrataciones del Estado “hace ineludible la instrucción del sumario administrativo a fin de esclarecer los hechos y establecer las responsabilidades administrativas que pudieren emerger” (PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002, citado).

³⁰ PTN, Dictamen N° 93, del 22 de mayo de 2008.

³¹ Dictamen PG N° 68627, del 17-12-2008. El resaltado me pertenece

³² Ver Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. VII-47, n° 19.2.; antiguamente: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 300, n° 77 y sigs.

En primer lugar, por la habitualidad, continuidad y universalización de estos mecanismos. Segundo, por su desarrollo en plexos reglamentarios que los fomentan. Tercero, por los fundamentos legales contenidos en las normas de Administración financieras, ya identificados en este trabajo.

Entrar en los hechos del caso “Ingeniería Omega” nos da una oportunidad para intentar correr el velo de una discusión *por las formas* para procurar en un futuro ingresar en un orden de discusión *por las sustancias*. Tras lo dicho hasta aquí trataré seguidamente los fallos que nos ocupan, para finalmente efectuar algunas consideraciones orientadas a responder la pregunta que nos convoca.

VI. El caso “Ingeniería Omega”

VI.1. Los hechos

Se trata de una demanda interpuesta por Ingeniería Omega contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, pretendiendo el cobro de facturas impagas por sus servicios prestados a partir de abril de 1990 en el Hospital Argerich. La demandada contestó argumentando que, para las contrataciones de servicios públicos y/o suministros que se lleven a cabo por la Administración comunal, resultaba aplicable el Reglamento de Contrataciones del Estado, de suerte que éstas debían hacerse previa licitación pública y sólo en forma excepcional se podía recurrir a la contratación directa, a la licitación privada o al remate público. Su conclusión: la empresa no respetó los recaudos de fondo y de forma que todo proveedor debe observar para quedar habilitado a exigir el pago, por lo que la demanda debía rechazarse³³.

La acción prosperó en Primera Instancia a partir de la valoración de un hecho determinante conformado por la siguiente tríada de reconocimientos del Municipio: (i) la relación contractual, (ii) la recepción de los trabajos realizados, y (iii) la existencia de deuda a favor de la actora³⁴. A su turno, y con un razonamiento similar, la Cámara confirmó la sentencia del *a quo*, aunque, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, admitió sólo el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la demandada.

El dictamen del Procurador General guardó concordancia y vinculación con la doctrina sentada en el Fallo “Stamei S.R.L. c/ Universidad de Buenos Aires”. Allí fulminó al contrato de nulidad absoluta con base en su Artículo 14 de la LPA, y acordó los efectos de la declaración a partir de las prescripciones de los Artículos 1050 y 1052 del Código Civil, siguiendo su doctrina tradicional que aceptaba la aplicación analógica al derecho público de determinadas normas del sistema de nulidades del Código Civil³⁵.

³³ Cfr. considerandos II y III del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, de fecha 29-2-2000.

³⁴ Cfr. considerando III del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

³⁵ Cfr. Álvarez, Sebastián, *op. cit.*, pto. III.

Ahora bien, apartándose del criterio sentado por el Procurador General, el Máximo Tribunal decide revocar la decisión apoyado en la teoría del acto inexistente, siguiendo así la doctrina del antecedente “Mas Consultores”³⁶, que reemplazó la anterior calificación de esta tipología de casos como nulidades para sentar a partir de allí que la omisión de las formas esenciales determina en concreto la inexistencia del contrato.

Vincula la violación de las formas esenciales con la inexistencia del contrato señalando que “la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”, lo cual determina “que, en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público [...] Los Artículos 9º, Ley Nº 13.064 y 55, Decreto Ley Nº 23.354/1956 exigían que las contrataciones de la comuna se hicieran por licitación pública; y admitían, sólo en forma excepcional, la licitación privada y la contratación directa en determinados supuestos, entre los cuales no resulta de las actuaciones que se encuentren los que motivan este proceso”³⁷.

Así, fungiendo como doctrina del caso, concluye que “la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. [...] Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta”³⁸.

Es de esta forma que, con “Ingeniería Omega”, la Corte complementará la declaración de inexistencia del contrato sentada ya en “Mas Consultores”, con la determinación del medio jurídico para posibilitar la reparación del desequilibrio económico en que se hubiera incurrido en el caso concreto, estatuyendo que todo reclamo compensatorio nacido a la sombra de un acto inexistente, de no haber una acción específica, debe fundar su acción en los principios del enriquecimiento sin causa, incoando la pertinente acción *in rem verso*³⁹.

VII. “CardiCorp”⁴⁰

En el caso, la Corte revocó el pronunciamiento de la Sala F de la Cámara Civil que condenó a la ex Municipalidad de Buenos Aires a reintegrar insumos hospitalarios que habían sido entregados sin la realización de la debida licitación, al sostener que en el supuesto

³⁶ CSJN, “Mas Consultores de Empresas S.A. c/ Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos”. Sentencia del 1º de junio de 2000.

³⁷ Considerandos 5º y 6º.

³⁸ Considerando 8º.

³⁹ Cfr. Álvarez, Sebastián, *op. cit.*, pto. IV.

⁴⁰ Fallos: 329:5976.

resultaba inaplicable la teoría del enriquecimiento sin causa, además de no haber sido formalmente demandada, por resultar violatoria del sistema de licitación de los propios efectores de salud en los que fueron utilizados dichos insumos.

El dictamen del Procurador Fiscal recrea la anterior doctrina de la Corte ya citada que se destaca en el caso. Refiriéndose a anteriores Fallos de la Corte, comienza encuadrando su análisis en las implicancias del principio de legalidad en la materia. Así, señala: “[...] en materia de contratos públicos [...] las entidades estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, en cuya virtud se desplaza la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, sobre los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (*Fallos*: 316:3157)”.

Con tal encuadre, recreará luego la doctrina sentada por la Corte en “Ingeniería Omega”, y rematará señalando que esta clase de casos amerita la declaración de inexistencia de contrato y no la declaración de nulidad. Ahora bien, no obstante el claro y lapidario criterio del Procurador General, no ocurrirá lo mismo con la Corte. Como advierte Sebastián Álvarez, será muy cuidadosa al resolver mediante un razonamiento rico en inferencias, vertebrado ora en la inexistencia ora en la nulidad imponiendo la obligación de ajustarse al procedimiento licitatorio, por sobre la teoría de los actos propios. En otras palabras, en el caso no existió contrato alguno, ya que la única vía para que la demandada prestara su consentimiento era a través del pertinente procedimiento administrativo especial selectivo de co-contratante estatal, el cual no fue realizado.

En cuanto a la aplicabilidad al caso de la teoría del enriquecimiento sin causa, entendió que implicaría el contrasentido el incurrir en la necesidad de convocar a otro procedimiento selectivo para obtener los insumos y entregarlos a un proveedor que no había contratado con el ente por medio del procedimiento legal obligatorio. Con ello, liberó a la demandada de la obligación de devolver los insumos médicos que había utilizado.

Como dato, y tomando como referencia lo señalado por Sebastián Álvarez, la CSJN exhibió dos líneas de pensamiento que presentan elementos de cada una de las líneas jurisprudenciales referidas. Mientras que los Ministros Maqueda y Zaffaroni ratificaron los argumentos seguidos en “Ingeniería Omega”, basados en la teoría de los actos inexistentes y la constatación del enriquecimiento sin causa, los Ministros Petracchi y Lorenzetti, sin referirse a la inexistencia de acto ni a su nulidad, fundaron el deber de restitución en la teoría del enriquecimiento sin causa y en lo previsto por el Artículo 1050 del Código Civil para actos anulados. Incluso, morigeraron los requisitos de acreditación de los extremos de la acción de enriquecimiento sin causa para que proceda la compensación, admitiendo la presunción de que el importe consignado en las facturas del proveedor está integrado en buena medida por el costo de su prestación, excepto prueba de sobreprecios, la que evidentemente debió haber estado a cargo de la demandada⁴¹.

⁴¹ Álvarez, Sebastián, “Principio de legalidad...”, *op. cit.*

VIII. “CASE SACIFIE”⁴²

En el caso, la empresa CASE SACIFIE demanda a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por el cobro de sumas de dinero derivadas del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de los Centros Geriátricos Municipales “Hogar Gral. San Martín” y “Programa de Chicos de la Calle”.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada, criterio que fue confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por entender que “el Gobierno de la Ciudad, al recibir las notas presentadas por la actora en sede administrativa [...], había admitido que mantenía una deuda con la actora derivada de dicho convenio, tal como lo demuestra la renegociación pactada el 5 de octubre de 1993”⁴³.

A diferencia de sus precedentes, la discusión no discurre sobre el procedimiento de selección sino sobre los requisitos exigidos por la normativa aplicable para este supuesto de contratación en específico⁴⁴. No obstante tal distinción, el Máximo Tribunal hace un giro en su decisión en la materia resolviendo que la contratación que no reúna los recaudos exigidos legalmente es declarada nula, ya no más inexistente.

El dictamen de la Procuradora Fiscal, al cual la Corte remite, tras recrear la doctrina judicial en la materia relativa al imperio del principio de legalidad sobre los contratos administrativos, concluirá que “en este caso no se invocó ni se probó la observancia de estas disposiciones para el llamado a licitación pública ni que fuera precedida de una adecuada motivación de los actos que determinaban este régimen, recaudo que era de ineludible cumplimiento por tratarse de un contrato administrativo. En consecuencia, no cabe sino concluir en que el acto celebrado en las condiciones descritas era irregular y, por lo tanto, susceptible de ser anulado en sede judicial”.

Con fundamento en tales señalamientos, coincidiendo con la argumentación de la Procuradora Fiscal, nuestro Máximo Tribunal concluye que al tratarse de un contrato celebrado transgrediendo el principio de legalidad y sin cumplir con las formalidades exigidas por el derecho administrativo local, corresponde descalificarlo como acto judicial válido, revocando la sentencia de Cámara y declarando la nulidad de la contratación.

IX. Aspectos remarcables

Revisados los fallos, un elemento a considerar es el principio de legalidad proyectado a los contratos administrativos. La vigencia de este principio es total, aun cuando se contrate directamente, en cuyo caso es mayor la obligación de justificar su realización⁴⁵. Incluso en el caso de ausencia de norma jurídica, se debe recurrir a los procedimientos consagrados en las normas vigentes⁴⁶.

⁴² CSJN, “CASE SACIFIE c/ GCBA s/ recurso de hecho”, del 5 de octubre de 2010.

⁴³ Dictamen de la Procuradora Fiscal, del 8-10-2009.

⁴⁴ Estos son la declaración de la obra como de interés público, y el ejercicio de la autoridad de aplicación de la opción entre la licitación pública y el concurso de proyectos integrales para determinar la forma más conveniente de contratar.

⁴⁵ CSJN, “OCA”.

⁴⁶ Cfr. Farrando, Ismael, *op. cit.*, pp. 389, 390.

De estas directrices, en los casos analizados, la falta de la forma debida imposibilitaba probar la existencia del contrato y, en consecuencia, devenía inadmisibile la acción basada en las obligaciones que se habrían generado, dado que el cumplimiento de la forma contractual atañe a un requisito esencial de su existencia.

Como se advirtió, en “Ingeniería Omega” la Corte viró la fundamentación de estos casos y, aplicando la teoría del acto inexistente, impactó al sistema de nulidades, puesto que a partir de entonces se vinculó la existencia del contrato administrativo “al cumplimiento de las formalidades legalmente exigidas”, lo que atañe a la validez y eficacia. En pocas palabras: sin la forma no existe el acto.

Previo a ese momento, los procedimientos de selección del contratante de la Administración se ubicaban como uno de los elementos esenciales y sustanciales que exige el Artículo 7º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Precisamente, porque la omisión del procedimiento licitatorio o de otros equiparables importaba desnaturalizar los principios informadores de la licitación pública –la concurrencia garantizada por la igualdad y la publicidad– y su razón misma, que se traducía en el logro de la contratación más conveniente a efectos de satisfacer los intereses públicos y privados protegidos. De allí que se concluía que su omisión viciaba gravemente el acto de adjudicación determinando su nulidad absoluta (cfr. Art. 14, inc. b de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), debiendo ser fulminado de ilegitimidad⁴⁷. Esta postura es, como hemos visto, la retomada recientemente en el fallo “CASE”.

Ahora bien, frente a este escenario, cuadra responder dos preguntas planteadas en doctrina. Primero, recreando su criterio en “Ingeniería Omega”, ¿por qué la Corte niega la existencia del contrato? Probablemente, por una asimilación con lo que ocurre en el derecho privado cuando la forma es exigida *ad solemnitatem*, en las que “sólo mediante la constancia de haberse cumplido con la forma sustancial o constitutiva se brinda la prueba de la convención, de manera que si se está frente a una formalidad *ad solemnitatem* absoluta el contrato no sólo queda privado de sus efectos propios sino incluso de la producción de obligaciones civiles, engendrando sólo obligaciones naturales”⁴⁸.

Segundo, ¿qué consecuencias prácticas se seguirían de hacerse esta distinción con el derecho privado? Justamente, en el derecho privado la omisión de la forma sustancial provoca la imposibilidad de demostrar que el negocio jurídico aparece en el escenario del derecho. Ello hace que resulte innecesario inquirir sobre su validez y eficacia, pues establecer la naturaleza y el contenido exacto de los derechos y obligaciones emergentes de esa relación jurídica se presenta como un momento lógicamente posterior y supeditado a esa primera demostración⁴⁹.

⁴⁷ Comadira, Julio R., *La licitación pública*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, pp. 103-104.

⁴⁸ Cfr. Christe, Graciela y Sánchez Correa, Ramiro, *op. cit.*, citando a Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, cit., p. 266; Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil*, p. 192.

⁴⁹ *Op. cit.*, con cita de López de Zavalía, Mosset Iturraspe y Spota.

Dado el carácter extremo de la solución, se verificó una reacción doctrinaria contraria a esta teoría, fincada en la dificultad para distinguir los “actos inexistentes” de los “actos nulos”, habida cuenta de su enrostrada imprecisión como concepto jurídico, sus alcances, y con ello su inutilidad práctica. Más aún considerando el especial sistema de nulidades desarrollado en el régimen de procedimientos administrativos que adoptó la denominada “teoría de la bipartición” y que distingue entre “actos nulos de nulidad absoluta e insanable” (Art. 14) y “actos anulables de nulidad relativa” (Art. 15)⁵⁰.

Cabe recrear también la disputa que dentro de nuestra especialidad ha desatado la postulada teoría de la inexistencia, habida cuenta del amplio consenso entre los juristas en cuanto a que ella no tiene recepción en la LNPA. Originariamente tanto Escola⁵¹ como Marienhoff la repudiaron, y lo propio ocurrió con Hutchinson⁵² y Cassagne⁵³. Contrariamente, Fiorini primero y luego Gordillo⁵⁴ y Mairal de alguna manera la aceptaron, aunque con reservas.

Interesa detenerse en la postura de Gordillo, quien establece una relación con las vías de hecho de la Administración. El propio autor reconoce en su nota n° 11.2. que la Ley de Procedimientos Administrativos no habla de actos inexistentes sino de vías de hecho “como comportamientos materiales, de lo cual no trata en verdad la teoría de la inexistencia. Ésta se refiere a actos que parecen actos administrativos sin serlo. Los comportamientos materiales no parecen actos administrativos ni pueden confundirse con ellos. Son situaciones distintas, equiparadas por su inaptitud para producir un efecto jurídico contra los particulares, salvo la responsabilidad a que pueden dar lugar”⁵⁵. Entonces, en sus palabras, “se trata de determinar si en ciertos supuestos que no estamos en presencia de una conducta que podamos legítimamente llamar acto administrativo ni siquiera nulo, debemos o no aplicar alguno de los criterios de apreciación que se utilizan en materia de nulidades de los actos administrativos”⁵⁶.

Para este autor la inexistencia es una de las categorías de las nulidades administrativas. Dirá que “existen supuestos en que no se reconoce a determinada actividad el carácter de acto administrativo, sea por encuadrárselo dentro de los denominados meros pronunciamientos de la Administración, que no producen efectos jurídicos directos, sea por tratarse de actos que en razón de no provenir de la Administración, o aún proviniendo de esta por adolecer de un vicio grosero se los descalifica como actos administrativos”⁵⁷.

⁵⁰ Cfr. Christe, Graciela y Sánchez Correa, Ramiro, “Nuevamente en torno al precedente de ‘Ingeniería Omega S.A.’”, *SJA* 5-12-2007 - *JA* 2007-IV-95.

⁵¹ Escola, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, vol. 1, Ed. Depalma, 1984, pp. 530-533.

⁵² Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley N° 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, T. 1, pp. 309 y sigs., y en pp. 311 y 313 de la 3ª reimpresión, Ed. Astrea, 1997.

⁵³ Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, T. II, 6ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, pp. 182-186.

⁵⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, 4ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, pp. 497-501.

⁵⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, pp. XI-30.

⁵⁶ Autor y obra citados, pp. XI-31.

⁵⁷ Autor y obra citados, pp. XI-46.

Entonces, vinculados con los efectos de la inexistencia y su comparación con la nulidad, tendremos los siguientes elementos: primero, la comparación con la estabilidad del acto, porque mientras el acto nulo no puede ser revocado en sede administrativa cuando de él han nacido derechos subjetivos en cumplimiento, para el autor no ocurre lo mismo respecto de la inexistencia porque ello es lo que determina la falta de virtualidad jurídica para producir efectos en derecho. Segundo, la facultad judicial de declarar de oficio la inexistencia, lo cual en su opinión no acontece en materia de actos nulos. Tercero, la presunción de legitimidad que alcanza al acto nulo que tiene presunción de validez, y que como tal debe ser obedecido por el particular hasta que se declare su invalidez, situación que, en cambio, no comprende al inexistente.

Continuando con la explicación de este autor, la inexistencia por él concebida no se condeciría con la inexistencia declarada por la Corte en “Ingeniería Omega”, porque pareciera ser que la noción de inexistencia aplicada en el caso refiere más a la estructura del derecho privado que al derecho público. Así, la inexistencia en el derecho administrativo se verifica siempre que “se encuentre un acto que no es acto administrativo, pero que presenta caracteres externos que podrían llevar a confusión y hacer creer que se trata en verdad de un acto administrativo aunque inválido”. En tales casos, “no cabe aplicarle las consecuencias propias de los actos administrativos inválidos sino que corresponde tratarlo como un no-acto administrativo o como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica”⁵⁸.

A partir de lo expuesto, el punto en “Ingeniería Omega” radica en que la inexistencia que se verificó en el caso fue precisamente de un previo informe y un previo acto administrativo motivado mediante el cual se determina “la aplicación del régimen excepcional, acreditando la real existencia de las circunstancias de emergencia”⁵⁹. Irónicamente, la inexistencia fue de todo acto, de mínimo respeto por las formas esenciales.

No resulta difícil adscribir a las tesis que rechazan la teoría de la inexistencia, por su innecesariedad y las dificultades que entraña distinguirla respecto de los actos que la ley denomina “irregulares”. Dada la vasta tematización del régimen de nulidades del procedimiento administrativo y, a contracara, la falta de una acabada y uniforme doctrina por nuestros tribunales respecto de la inexistencia, comparto con Christe cuando sostiene que “la figura de la inexistencia no tiene campo alguno de aplicación en un sistema que contemple un cuadro de invalidez bien definido, por cuanto ella –como ya vimos al comienzo– ha sido construida como una llave de salvaguardia residual, propia de ordenamientos deficitarios técnicamente”⁶⁰.

Ahora bien, allende las calificaciones señaladas y el hecho de que nuestra Corte haya primero calificado a estos contratos como nulos, luego de inexistentes, y definir en “CASE” su retorno a la nulidad, vemos que para la Corte existe el deber del pretenseo contratista de interponer en legal forma la *acción in rem verso* cuyo alcance se determina por la

⁵⁸ Autor y obra citados, pp. XI-37.

⁵⁹ Considerando 7°.

⁶⁰ Christe y Sánchez Correa, *op. cit.*, citando a Santamaría Pastor.

reparación de los gastos sin derecho al reconocimiento del lucro. Como ocurrió en “Ingeniería Omega”, no interpuesta expresamente la acción, la ulterior fulminación que haga el tribunal no da derecho a la restitución de efectos.

En sentido contrario, vemos que el régimen de procedimientos administrativos ofrece dentro de su sistemática una solución distinta. La integración de las normas contenidas en sus Artículos 7º y 14 determinan que fulminado el acto con la nulidad absoluta e insanable, sea por violación de la ley aplicable o de las formas esenciales, sus efectos reconducen a las prescripciones contenidas en los Artículos 1050 y 1052 del Código Civil, obligando a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

El *legítimo abono*, a través de la acción *in rem verso* por aplicación del instituto del enriquecimiento incausado, aparece entonces como una solución a la problemática de los pagos realizados sin respaldo contractual, que frente a la realidad actual, dista cada vez más de ser la excepción para pasar a ser regla en la materia.

X. Un oscuro legado

Deberá saber todo aquel que aspire a contratar con la Administración que, probablemente, no le quede otra opción que ejecutar la encomienda en los términos propuestos por el funcionario de turno, al margen de la ley, para luego rogar que le paguen, pero considerando que frente al cambio de gestión, no solo se les negará el pago de los créditos devengados sino que ante la demanda judicial que intente, el Estado le reconvenirá por nulidad o inexistencia de contrato fincado en la violación de las formas esenciales⁶¹. Con el afianzamiento de esta línea jurisprudencial, muy probablemente –parafraseando a Mairal lo digo– se corra el riesgo de “premiar al peor” porque se fomenta exponencialmente la inseguridad jurídica.

Al centrarse la vía de cobro en el cumplimiento de los recaudos de la *actio in rem verso*, en última instancia se reconducirá la cuestión a la prueba de un extremo de muy difícil fiscalización para toda contraparte, y en especial para la Administración: la estructura de costos de la prestación base de un reclamo compensatorio originariamente contratado a valores de mercado y sin previo estudio de costos por parte del comitente. Entonces, ¿cómo hará la Administración para controlar en juicio aquella estructura de costos base del reclamo en la que oportunamente no reparó?

Planteo esta inquietud con base en un dato de la realidad de la Administración. De ordinario, a la Administración le es muy difícil costear y controlar los costos de sus contratistas. Es un dato que la Administración carece de medios para costear sus contratos, tanto al proyectar sus bases cuanto al evaluar ofertas. Por este motivo es que, especialmente en materia de obra pública, también dentro de sus pocos procedimientos licitatorios acude a

⁶¹ No es así en otras realidades. Así, tal como comenta la doctrina española, el Superior Tribunal ha señalado: “Los requisitos formales para la contratación administrativa no pueden ser invocados por el organismo que los omitió” (cfr. Moreno Gil, Oscar, “Contratos...”, *op. cit.*, p. 918).

una excepción: convoca a licitación sobre la base de anteproyectos con precio global estimado. Algo similar ocurre con los suministros en los que convoca sin previo estudio de costos y sobre la base de estimaciones de precios. Luego, compara los precios ofertados solo con base en la información suministrada—como declaración jurada—por los contratistas en sus ofertas y que se vuelcan en los llamados itemizados obrantes en sus planillas de cómputo y presupuesto, en materia de obra. El análisis de costos y precios es limitadísimo o inexistente. Finalmente, aún en contratos de obra pública, suele adjudicar sobre la base del menor precio o fundada en consideraciones de otra índole pero con argumentaciones casi siempre ajenas al mínimo apego a las reglas y prácticas frecuentes en materia de control o auditoría de costos.

Todo este ciclo conlleva el reconocimiento implícito de la dificultad de lograr en sede administrativa un estudio serio y a conciencia de los costos de las prestaciones. No digo nada nuevo si reconozco que los costos presentados por los oferentes, interesados y contratistas, muy frecuentemente, son aceptados sin reservas por su comitente estatal.

Frente a este escenario en el que el contratista sí es consciente de sus costos, me pregunto ¿cómo hará la defensa en juicio de la Administración para controlar ulteriormente la prueba de los costos que suministre el contratista pero que ella originariamente no pudo o no supo prever durante la tramitación de la instancia administrativa?

La contundente elocuencia de los anteriores señalamientos, creo, me exime de comentarios.

Por ello no es osado señalar que siguiendo estos lineamientos jurisprudenciales no arribaremos a soluciones en justicia. Por un lado, porque el particular inexperto verá sometidas sus legítimas expectativas de cobro a los voluntaristas arbitrios del funcionario de turno. Pero distinto será el caso del contratante habitual, del empresario avisado, quien sí será consciente de la incertidumbre estatal y de las limitaciones administrativas al conocimiento de sus costos reales.

Entonces, a no dudar que esa zona gris, ese ámbito de incerteza que para el comitente es la estructura de costos, será “pan comido” para aquellos contratistas expertos, en juicio, quienes muy probablemente arrimarán probanzas documentales y contables de diabólica o muy difícil fiscalización para el comitente estatal en juicio, en pos de acreditar los recaudos exigidos por la *actio in rem verso*. Acaso sea este el oscuro legado de la jurisprudencia comentada.

XI. Epílogo

Creo en la necesidad de bregar por una reforma normativa de los procedimientos selectivos de contratistas, de intensificar la discusión sobre la crisis por la que atraviesa el sistema vigente, por sus paradojas, por la modernización y optimización de los instrumentos existentes en pos de un fortalecimiento institucional aventado de prácticas corruptas⁶², que

⁶² Cfr. dijo el Prof. Héctor Mairal: “[...] si aplicar ecuánimemente la ley constituye un favor discrecional que solo se consiente a unos pocos, la tentación de negociar el acceso al núcleo de beneficiarios es enorme porque

traduzca una mejor y más efectiva atención de las necesidades públicas en el marco de procedimientos más participativos, abiertos al control social, y democratizadores del poder de compra estatal.

Es un hecho que la Administración del siglo XXI vive tiempos que imponen otros ritmos, que claman por una eficacia y eficiencia empernada de celeridad pero enraizada en la télesis constitucional de prosperidad y libre comercio. Los tiempos actuales son dominados por las acuciantes urgencias y, muchas de las veces, las gestiones públicas se ven reducidas solo a la atención de las necesidades más urgentes y en la urgencia se frustran las libertades económicas. El innegable aceleramiento de los tiempos de decisión en las gestiones públicas es ya un hecho notorio que –conscientes o no de ello– impacta de lleno sobre el régimen de contrataciones administrativas, ora desplazándolo ora reduciéndolo a la inequidad.

De allí que la tipología de casos tratada en este trabajo me mueve a discutir sobre las cuestiones planteadas, por la primacía de la sustancia sobre las formas, de la realidad sobre las normas. No es ocioso que esta tipología de casos exteriorice soluciones que, si bien pueden ser consideradas en legalidad, reclaman por una juridicidad pendiente, por una solución justa y razonable, que debiera construirse con base en las “circunstancias particulares de tiempo y lugar” y “a través de la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones”⁶³, en los hechos reales que los casos entrañan porque, recreando al Maestro Gordillo, “la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo”⁶⁴.

El análisis de la casuística en esta materia nos brinda la posibilidad de apreciar la obsolescencia sistémica de los reglamentos de contrataciones estatales, en general, y de la actual formulación de la licitación pública, en particular.

Entiéndaseme bien: me refiero a la obsolescencia que actualmente posee la regulación normativa de los mecanismos de contratación estatal –especialmente la licitación pública– y la consecuente necesidad de encarar un proceso modernizador del actual régimen, tal como sostiene la moderna doctrina en la materia. Para ello, se insiste en la necesidad de profundizar la discusión en torno a los ejes bajo los cuales impulsar la modernización de un sistema que, al tiempo de optimizar la atención de necesidades públicas, fomente adecuadamente el desarrollo de un tejido económico competitivo.

el escarmiento a que somete a quien no negocia es terrible [...] Concluimos por ello que no es suficiente con combatir los efectos de la corrupción. Es necesario destruir las causas que la favorecen, entre las cuales la más fácilmente corregible son las legales. La corrección de los factores jurídicos que alientan la corrupción y que venimos de listar no la eliminaría totalmente, pero reduciría su campo de acción en los casos en los que actualmente se recurre a ella ante la falta de mecanismos correctos de solución de conflictos frente al Estado” (autor citado, *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, op. cit., p. 93).

⁶³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, pp. I-26 con cita a Padilla y I-27 con cita a Letourneur.

⁶⁴ Gordillo, Agustín, con cita de García de Enterría, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, pp. I-26.

Recordemos que en nuestro orden constitucional la contratación administrativa, en tanto técnica de intervención estatal en la economía, es técnica de progreso⁶⁵.

Este aspecto no puede ser desconocido como uno de los componentes del problema ya que, insisto, quien padece las inequitativas soluciones de estos casos suele ser el entramado empresarial más pequeño, de capital netamente argentino⁶⁶.

Entonces, se trata de adecuarnos a las realidades, contextualizadas, para lograr un sistema de mayor previsibilidad, con ámbitos de discrecionalidad y de ejercicio de prerrogativa estatal adecuadamente acotados y racionalmente estructurados⁶⁷. Un sistema más transparente y abierto a la concurrencia, más participativo, democratizador e inclusivo de la pequeña iniciativa económica nacional –insisto, la más dañada por la inequidad de las soluciones jurisprudenciales comentadas– y por ello menos discriminatorio.

Porque creo que el norte en estas cuestiones podemos encontrarlo en la vigencia de las sabias palabras de nuestro Padre Fundador: “Nuestra prosperidad ha de ser obra espontánea de las cosas, más bien que una creación oficial [...]. En el terreno de la industria nuestra política debe despertar el gusto por las empresas materiales, favoreciendo a los más capaces de acometerlas con estímulos poderosos, prodigados a mano abierta. Una economía mal entendida y un celo estrecho por los intereses nacionales, nos han privado más de una vez de poseer mejoras importantes ofrecidas por el espíritu de empresa, mediante un cálculo natural de ganancia en que hemos visto una asechanza puesta al interés nacional”⁶⁸. Y parafraseándolo, concluiré con una exhortación: Que “todas las libertades económicas de la Constitución” no queden anuladas ni “reducidas a doradas decepciones”, ese es mi anhelo.

⁶⁵ En el recuerdo y por su vigencia, me remito *in totum* al pensamiento vertido en su *Teoría General de los Servicios Públicos* por mi querido –y aunque extinto, siempre vivo en mi memoria– amigo, gran constructor y Profesor Jorge Luis Salomoni, a quien siempre retendré con toda la frescura, la ternura y admiración de auxiliar en los claustros de la UBA (autor y obra citados, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999).

⁶⁶ Es que, si bien desde otra óptica, tal como reconoce Mairal, *op. cit.*, p. 73, “dado el enorme poder de compra del Estado, mejorar la eficiencia y la corrección en la adquisición de bienes y servicios necesariamente debe tener un efecto benéfico para la economía nacional, al premiar a los sectores eficientes y cumplidores”.

⁶⁷ Es que tal como señala Mairal en su obra: “Una de las condiciones básicas para que la corrupción prolifere es la indefensión del ciudadano frente al poder del Estado. La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo, ha dicho bien Alejandro Nieto (en *La función pública y la corrupción*). Por ello pretender eliminar o reducir la corrupción sin limitar el poder que, como representantes del Estado, ejercen hoy día los funcionarios públicos argentinos, es ilusorio [...] No confiemos en las invocaciones éticas, limitemos el poder hoy casi omnímodo del Estado argentino frente a los ciudadanos y veremos cómo disminuye la corrupción” (obra y autor citados, p. 95).

⁶⁸ Cfr. Alberdi, Juan Bautista, “Escritos”, Presentación y selección de textos por Oscar Terán, Universidad Nacional de Quilmas, 1996, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Cap. XXXV “Política conveniente para después de dada la Constitución”, p. 177.

BREVE CARACTERIZACIÓN DE LAS NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA *

I. Reflexiones iniciales

Pensar a las paradójicamente llamadas nuevas modalidades de contratación pública y discutir tanto sus contenidos como sus formas, es en gran medida una invitación a reflexionar el fenómeno de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos, y cómo ello ha trastocado las bases de sustentación –en especial de los sistemas de contrataciones públicas– no sin antes advertir que fuera el Dr. Agustín Gordillo quien, por vez primera, enseñara a la audiencia argentina las intersecciones que la supranacionalidad comenzaba a producir sobre nuestros subsistemas ius publicistas. Si bien las técnicas que trataré se encuentran previstas en el ordenamiento interno de mi país hace casi veinte y cinco años y fueron reformuladas hace aproximadamente diez, lo cierto es que aún siguen siendo una novedad porque a pesar de su antigua data aún no han sido suficientemente exploradas y comportan –en gran medida– una ruptura respecto de las tradicionales técnicas de regulación y gestión de actividades económicas de interés público.

Y además porque toda la cuestión vinculada a la regulación y gestión de los servicios públicos en el presente y futuro mediato global, claramente, se orienta a un modelo asociativo compartido de gestión y riesgos entre el sector público y el sector privado en el cual los roles reales –no los formales– de concedente, regulador, operador, no se encuentran más preestablecidos de manera clara y definida. Es un ámbito difuso. El sujeto “deudor” del servicio es un sujeto complejo; integrado en un vínculo de interrelación inescindible entre el sujeto público-empresa.

* El autor agradece la valiosa colaboración de Laura Miranda, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Argentina.

Y ello sin duda impacta sobre el concepto de servicio público y sus técnicas jurídicas de comprensión y operación del sistema que tornarán insuficientes las nociones jurídicas clásicas consolidadas durante el siglo XX, inclusive su período tardío. Pero ello será objeto de otra discusión por exceder en mucho el marco del presente trabajo.

Tengo para mí en lo dicho que este tema es principalmente una invitación oculta a reflexionar también acerca de las identidades culturales y similitudes que presentan nuestras tradiciones jurídicas latinoamericanas enmarcadas en el proceso de integración comunitaria.

A su vez, reflexionar acerca de esta problemática es también brindarnos la posibilidad de revisar, en un espacio común y situado, la errática evolución de las categorías mediante las cuales se estructuró el ordenamiento jurídico que imperó, en nuestras realidades latinoamericanas, durante el siglo XX.

Enmarcados dentro de estos ejes es que me propongo abordar las nuevas modalidades de contratación pública, no sin antes aclarar que una reflexión extendida sobre las pautas de reconstrucción de la arquitectura jurídica latinoamericana, nos excede en mucho el marco del presente trabajo.

II. Las modalidades de contratación pública a la luz de la incidencia de los procesos de internacionalización. Una breve reflexión

Para comenzar y tomando como punto de inicio de mi reflexión la caracterización realizada —en nuestro derecho— por el Profesor Mairal¹, respecto de la modernización y desarrollo de nuevas alternativas de contratación de bienes y servicios, con motivo del dictado de las normas regulatorias de la iniciativa privada y la asociación público privada hace casi una década atrás en mi país (Decretos del Poder Ejecutivo Argentino Nros. 966 y 967 de 2005), diré que las nuevas técnicas para la contratación administrativa poseen un denominador común: el desplazamiento del poder estatal, tal como lo conocimos y la reducción del Estado Nación a un sujeto más entre los varios operadores jurídicos y económicos de los mercados de las contrataciones públicas.

Así, advierto que, en términos habermasianos², no son tanto las simples economías nacionales las que están insertas dentro de las fronteras de los Estados sino que son los Estados los que se encuentran insertos en los mercados. Y ello trae como consecuencia que el peso determinante de los procesos económicos y en particular de los financieros, que constituyen su fuerza pujante, haya transformado a los actores económicos transnacionales en poderosos competidores de los Estados nacionales, abatiendo barreras nacionales y abriendo nuevos mercados y reservándole a los actores políticos la tarea de recrear las tradicionales garantías de seguridad jurídica propia del Estado nacional; a lo que se sigue la verificación de que los Estados nacionales se están configurando como simples modalidades

¹ Mairal, Héctor, “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, *Res Pública Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 209 a 228.

² Al respecto remito a Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado Nacional*, México, FCE, 1998.

transitorias de la organización y de la reglamentación en el campo económico, sin alcanzar a regular y controlar por sí solos sus propias economías nacionales³.

Resulta evidente que los vínculos producidos por los mercados financieros globales rechazan la autonomía y los márgenes de acción de los actores estatales, con el consecuente efecto deslegitimador de las instituciones domésticas. En mi opinión, este es el contexto en el que se inscribe la contratación administrativa y a partir del cual se desarrollan las nuevas modalidades.

Así, se trata de evidenciar el delineamiento de un marco general que ve en los reguladores impersonales del mercado, factores que condicionan cada vez más intensamente a los Estados para gestionarse en forma autónoma a sí mismos. Aparece entonces una soberanía estatal fuertemente cuestionada por los sistemas de poder económico de nivel regional y global como consecuencia de la difusión de un sistema emergente de *global governance* que altera la forma y dinámica de aquellos, de suerte tal que la legitimidad estatal queda comprometida (minada) por la progresiva expansión de fuerzas económicas transnacionales, enmarcadas en una creciente interdependencia global, que somete a los Estados nacionales a crecientes presiones direccionadas hacia una sociedad de derecho privado⁴.

Presentada, muy brevemente, la cuestión de cómo las nuevas modalidades de contratación pública se enmarcan y, a su vez, constituyen una derivación necesaria –o acaso forzosa– de los procesos de globalización económica, desterritorialización e internacionalización jurídica, fácil es comprender los justificantes que determinan que a modo de notas distintivas de este nuevo escenario, puedan sobresalir el carácter privado de los fondos que usualmente se utilizan para pagar a contratistas y proveedores del Estado.

Yendo al tema que nos ocupa advertimos que la problemática expuesta se verifica a poco que reparemos en la estructuración de al menos tres nuevas modalidades de contratación pública. Mencionamos las siguientes:

1) La financiación de proyectos: en el cual el repago de esa financiación proviene de la explotación del mismo proyecto.

2) El leasing público: en el cual el pagador es el Estado debido o bien a ser el único usuario o por tomar a su cargo los pagos liberando de ellos a los usuarios.

3) La asociación público privada: cuya nota distintiva no es tanto la financiación privada de proyectos cuanto el nivel de intervención o involucramiento de los sujetos privados en la co-ejecución de emprendimientos públicos.

Siguiendo la caracterización del autor citado⁵, los presentaré a continuación.

³ Cfr. lo que sostiene el Profesor Greblo, Eduardo, *Globalización, Democracia y Derechos*, Madrid, Ed. Nueva Visión, 2005.

⁴ Cfr. Greblo, Eduardo, *op. cit.* Asimismo se sugiere ampliar en Cassese, Sabino, “La crisis del Estado” y en Capella, Juan Ramón, “Fruta Prohibida”; Twining, William, “Derecho y Globalización”.

⁵ Mairal, Héctor, “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, *op. cit.*, pp. 209 a 228.

En primer lugar, la técnica de la *financiación de proyectos*, o conocida por el anglicanismo *Project finance*, consiste en financiar la construcción y la puesta en funcionamiento de emprendimientos de infraestructura o provisión de servicios, con recurso principal o total limitado al producido de la operación de la obra o instalación.

Esta modalidad permite, a quien financia el emprendimiento, el recupero del capital y margen de utilidades del flujo de fondos resultante de la operación del mismo proyecto, asociándose en definitiva la suerte del repago con el éxito del proyecto. El financista es acreedor del proyecto, no así del accionista, toda vez que el repago del financiamiento no se realiza contra el balance de este último –y de allí la denominación *off-balance sheet financing*– sino contra el flujo de fondos generado por el proyecto.

Lo expuesto supone que al no ser deudor el Estado sino que, por el contrario, al permitirse reembolsarse a los inversores a través de un flujo de fondos proporcionado por los usuarios se reemplaza el llamado riesgo soberano por una suerte de riesgo comercial.

Se ha sostenido que la clave del éxito y la financiabilidad de un proyecto se concentra en la previsibilidad y estabilidad de las reglas del juego, y de allí, la renuencia de este tipo de contratos a tolerar las prerrogativas de rescate y revocatoria por razones de oportunidad⁶. Ello es así toda vez que el ejercicio de las prerrogativas mencionadas provoca la frustración de obtener el reembolso de la inversión realizada.

En el ámbito nacional esta técnica ha sido receptada a través de la concesión de obra pública para la construcción de autopistas a través de peaje, regulado por la Ley N° 17.520.

En segundo término, la modalidad del *leasing público* suele proyectarse para atender aquellos emprendimientos que generalmente no suelen o no pueden ser sufragados con los pagos de los usuarios, como por ejemplo, el caso de la construcción de complejos de salud pública y establecimientos de educación pública.

En estos supuestos se verifica el caso de financiación privada, con cargo por parte del Estado de devolución, de los fondos invertidos y sus acrecidos.

La devolución se producirá entonces de manera paulatina mediante el pago de un canon.

Luego, la obra podrá pasar de inmediato a incorporarse al dominio público estatal o a la finalización del contrato o cumplimiento del cronograma de pagos.

En esta modalidad se advierte una estructuración contractual que exorbita, supera o excede a las formas tradicionales de locación de obra y contrato de obra pública.

En nuestra doctrina, autores como Mairal resaltan las ventajas de esta figura, que le permiten al Estado postergar sus desembolsos hasta que comience a utilizar la obra.

Entre las experiencias de esta figura en el ámbito nacional, puede mencionarse el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.299/2000⁷ –reglamentado por el Decreto N° 228/2001–,

⁶ Aguilar Valdez, Oscar R., “Contratación Administrativa y Financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas”, *Revista Derecho y Sociedad*, 2007, p. 16.

⁷ Al que adhieren la Provincia de La Pampa por Ley N° 1.935; la Provincia del Chaco mediante Ley N° 4.860; la Provincia de Chubut por Ley N° 4.694, entre otras.

que luego de crear el Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, como un patrimonio de afectación en el ámbito del Ministerio de Infraestructura y Vivienda, cuyos recursos se afectarían para garantizar los pagos a cargo de los Entes Contratantes en los contratos por ellos suscriptos⁸, estableció que el Ente Contratante podría recurrir al contrato de leasing o locación con opción de compra conforme la Ley N° 25.248.

En sentido similar, en el ámbito provincial la Ley N° 12.511 de la Provincia de Buenos Aires creó un Fondo Fiduciario para el Desarrollo del Plan de Infraestructura Provincial, cuyo objeto era financiar la ejecución de obras y emprendimientos en el ámbito de la Provincia, así como promover la participación privada en la construcción, mantenimiento, operación y financiamiento de las obras públicas autorizadas por la misma. En lo que aquí interesa, estableció que el Fondo Fiduciario podría financiar al Poder Ejecutivo, Organismos y Entes del Estado Provincial, quienes desarrollarán por sí o por terceros, el diseño, construcción, mantenimiento, operación y financiamiento de obras y servicios, mediante convenio o contratos con la forma de leasing o locación con opción de compra u otra figura contractual prevista en el derecho público nacional y/o provincial o del derecho privado.

Otro ejemplo está dado por el Decreto N° 1.658/1996, por el que se llamó a licitación pública nacional e internacional para la contratación de la elaboración del proyecto y la construcción de un establecimiento carcelario por el sistema “llave en mano”, financiados íntegramente por el contratista a su solo riesgo, a ejecutar en predios de la localidad de Ezeiza, que el Estado Nacional transmitiría en dominio fiduciario; y el ulterior alquiler con opción de compra de dichos inmuebles a favor del Estado Nacional, para su afectación al uso del Servicio Penitenciario Federal.

En tercer lugar, la *asociación público privada* es de cuna anglosajona y en su lengua de origen se denomina *public private partnership*, pero también es conocida como *private finance initiative*; en este segundo caso para diferenciarla del anterior, respecto de aquellos supuestos que cuentan con financiación privada. Y difundida a la cultura jurídica francesa, se denomina *contrats du partenariat*.

Como lo ha señalado Aguilar Valdez, entre los diversos significados atribuidos a dicha figura, que en su sentido más amplio comprende cualquier forma de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, cabe precisar su definición delimitándola a la forma de colaboración de los sectores público y privado que tiene por objeto implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta; lo que supone la distribución de los riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte. Acotándolo aún más, constituirían las relaciones entre el Gobierno que contrata con el sector privado para que lo provea de servicios en un proyecto de infraestructura con una adecuada distribución de riesgos y beneficios para las partes asociadas⁹.

⁸ Asimismo, previó que el patrimonio del Fondo quedaría irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos.

⁹ Aguilar Valdez, *op. cit.*

Se ha dicho, asimismo, que esta modalidad consiste en la *tercerización* total o parcial de emprendimientos y, en su caso, proyectos de *infraestructura pública o servicios públicos* o de interés público, tradicionalmente asumidos por el Estado, para su desarrollo en asociación con actores privados.

Para caracterizar el objetivo de esta modalidad podría decirse –siguiendo las presentaciones de la doctrina argentina citada– que esta estructura intenta lograr una muy estrecha intervención de fuertes actores del sector privado en dos etapas que hasta entonces resultaban exclusivas de la acción estatal:

1º El *diseño* del emprendimiento y la *elección* de alternativas de ejecución de la obra o prestación de servicios,

2º El *mantenimiento* del emprendimiento y la *operación de la obra construida*.

Así, vemos que en esta modalidad el Estado seleccionará las propuestas tomando en cuenta las ventajas o desventajas de las alternativas y sistemas de ejecución ofrecidos por los competidores.

En Argentina, pueden citarse algunos antecedentes de las modalidades asociativas, tales como la Ley N° 25.943 de creación de ENARSA (Energía Argentina S.A.), que admite la posibilidad de que esta sociedad cumpla su objeto –generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica–, por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros. Asimismo se ha utilizado para desarrollar proyectos en la ex YPF en materia petrolera o con determinadas sociedades del Estado provinciales en materia de exploración y explotación de recursos mineros.

Recientemente, como se adelantara, el Decreto N° 967/2005 aprobó el Régimen Nacional de Asociación Público Privada.

Paralelamente a la aparición del decreto mencionado, fue regulado el instituto de la iniciativa privada mediante Decreto N° 966/2005. Con anterioridad a su sistematización en este decreto, la iniciativa privada estaba prevista en diversas disposiciones normativas. Así la preveían los términos de la Ley N° 17.520 –en el marco de las concesiones de obras públicas–, modificada por su similar N° 23.696. Su Decreto Reglamentario N° 1.105/1989¹⁰ establecía la posibilidad de presentación por parte de los particulares de proyectos a través de la modalidad de iniciativa privada, cuyo objeto fuera el desarrollo del proyecto y la ejecución de obras. En dicho marco, por ejemplo, el Decreto N° 704/2005 declaró incluida en el régimen mencionado la iniciativa presentada por la UTE compuesta por Néstor Emilio Otero, EMEPA S.A. y FERROVÍAS S.A. concesionaria, para la construcción, gerenciamiento, administración y explotación integral de la nueva Terminal Multimodal de Pasajeros Ferroautomotor en la Ciudad de Mar del Plata, declarándola de interés público.

También habiéndose declarado de interés público la reconstrucción, refuncionalización y puesta en servicio del Ferrocarril Trasandino Central, ramal ferroviario a correr entre las

¹⁰ Art. 58, incisos l) a n), agregados por el Artículo 1º de su similar N° 635/1997.

ciudades de Mendoza y Los Andes (República de Chile)¹¹, mediante el Decreto N° 678/2003 se declaró incluida en el régimen establecido por los incisos l) a n) del Artículo 58 del Decreto N° 1.105/1989, la iniciativa presentada por la Empresa Tecnicagua S.A.I.C.A., tendiente a la realización del estudio de factibilidad técnico económico y los estudios de ingeniería conexos, para la construcción, operación y mantenimiento de un servicio internacional de transporte ferroviario de cargas y pasajeros que vincule los puntos mencionados. A su turno, mediante el Decreto N° 176/2005 se declaró de interés público dicha iniciativa privada y contemplando a tal efecto lo previsto por el Decreto N° 966/2005 –ya en vigencia–, por Resolución N° 589/2006 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, se aprobó el Pliego de Condiciones Generales y Particulares para el consecuente llamado a licitación

El marco de aplicación de la iniciativa privada fue posteriormente ampliado a todos los procedimientos de contratación con el Decreto N° 436/2000.

Ya en el marco del régimen del Decreto N° 966/2005, por Decreto N° 248/2006 se declaró de interés público el objeto de la propuesta presentada por las empresas Corporación América S.A. y Helpport S.A., consistente en la construcción, mantenimiento, administración y explotación en concesión de un tramo de la actual Ruta Nacional N° 8, comprendido entre las ciudades de Pilar y Pergamino (denominada Autopista Pilar - Pergamino). Asimismo, se le reconocieron a las empresas como autoras de la iniciativa privada los derechos previstos en los Artículos 8°, 9° y 10 del Anexo I del Decreto N° 966/2005. Posteriormente, por Resolución N° 591/2006 del Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, se determinó la licitación pública nacional como modalidad de contratación, se instó el llamado a licitación pública nacional y se determinó la organización a través del Órgano de Control de Concesiones Viales, la Comisión de Adjudicación a los fines de la consecución y seguimiento del llamado.

III. *Data room*. Caracterización de la figura

En las modalidades contractuales sintéticamente desarrolladas en los puntos anteriores, suelen utilizarse mecanismos como el *data room* para agilizar la discusión con los potenciales oferentes sobre el diseño de los proyectos, a partir de anteproyectos iniciales formulados por el Estado o de iniciativas privadas.

El *data room* es una ronda de consultas donde los interesados en un proyecto se intercambian información sobre la factibilidad del mismo.

También, a través del *data room*, los interesados de un proyecto pueden consultar y evaluar toda la información referente al mismo, como también realizar observaciones y presentar mejoras al proyecto, las cuales quedarán sujetas a la recepción por parte de quien realizó la convocatoria al *data room*.

¹¹ Por Decreto N° 1.650/2002.

El Dr. Gordillo¹² ha caracterizado al *data room* como un banco de archivo de datos que consiste en que la Administración convoque públicamente a los interesados, no a presentar oferta, sino a estudiar la documentación que pone a disposición de los mismos y proponer modificaciones o aclaraciones a los pliegos de la licitación y el contrato. Esto implica introducir los principios de publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato. “De este modo –asegura–, todos los interesados, avisados por la publicación en el *Boletín Oficial*, tienen la oportunidad –en condiciones de igualdad y competitividad– de acercar sus sugerencias [...], lo que permite a la Administración estudiar todas las objeciones y propuestas y mejorar el llamado a licitación”.

*El mecanismo de data room*¹³, *proveniente del sistema de notice and comments propio del rulemaking process del derecho norteamericano*¹⁴, ha sido frecuentemente estructurado en base a las siguientes etapas:

1) Convocatoria a *data room* para el análisis del proyecto y aprobación de un reglamento operativo y un cronograma.

2) Inscripción, por parte de potenciales oferentes y posterior suscripción de un convenio de confidencialidad, de objeto y vigencia temporal limitada a la celebración del *data room* y sujeto a las modalidades establecidas en el reglamento operativo.

3) Coordinación, de la autoridad convocante con los inscriptos, al acceso al centro de información.

A ello se sigue luego:

4) La apertura de *data room*.

5) La celebración de una etapa de revisión y estudio de la información.

6) La recepción de presentaciones de especialistas con relación al proyecto y reuniones informativas.

7) La posterior recepción de posiciones, por parte de los participantes, de consultas y aclaraciones que deseen efectuar respecto de cuestiones vinculadas con el proyecto y su consecuente devolución a los participantes.

8) Y finalmente, el mecanismo culminará con la presentación final de propuestas, la que tendrá por objeto someter alternativas de desarrollo de un proyecto, a consideración de la autoridad convocante, para que ésta, una vez efectuadas las modificaciones y aclaraciones que considere pertinentes, elabore el proyecto definitivo.

¹² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, 3ª edición, año 1998, pp. XII-26.

¹³ Según el *Black's Law Dictionary*, “Data: Organized information generally used as the basis for an adjudication or decision. Commonly, organized information, collected for specific purpose”.

¹⁴ En derecho administrativo, “rulemaking refers to the process that executive agencies use to create, or promulgate, regulations. In general, legislatures first set broad policy mandates by passing laws, then agencies create more detailed regulations through rulemaking. By bringing detailed scientific expertise to bear on policy, the rulemaking process has powered the success of some of the most notable government achievements of the 20th century. For example, science-based regulations are critical to modern programs for environmental protection, food safety, and workplace safety. However, explosive growth in regulations have fueled criticism that the rulemaking process reduces the transparency and accountability of democratic government”.

Esta herramienta ha sido utilizada asimismo en el campo del derecho privado, en el proceso de transferencia de un paquete accionario de control de una sociedad anónima bajo el procedimiento de licitación privada –internacionalmente conocida como bidding procedure o auction process– o puja de ofertas¹⁵. En este procedimiento concurren una parte vendedora y varias partes potencialmente compradoras, las que competirán entre sí para obtener la adquisición del paquete accionario¹⁶. Se estructura en varias etapas¹⁷, entre ellas, y a los efectos que aquí se analizan, se desarrolla en dos rondas de ofertas. La primera supone diversos actos:

1º Entrega a los potenciales compradores –seleccionados previamente, luego de una primera toma de contacto– del “Infomemo” que contendrá información relativa a la empresa en cuanto a su perfil, su mercado, planes de negocio y posibilidades económicas.

2º Establecimiento de las reglas de acceso y uso de la información contenida en el *data room* (establecimiento de horarios, solicitud de información adicional, obtención de copias de la documentación, etc.).

3º Entrega a los potenciales compradores de las instrucciones para la primera ronda de ofertas y requerimiento de una oferta preliminar no vinculante.

4º Presentación por los interesados de la primera oferta no vinculante (*first preliminary bid*).

5º Preparación por los interesados de la oferta definitiva.

6º Preparación de la ronda final de ofertas: confección del borrador de la carta de intención y del convenio de transferencia accionaria por los asesores de los accionistas vendedores, preparación del *data room*, preparación de un convenio de confidencialidad a ser suscripto por los empleados y los asesores legales y financieros designados por los potenciales compradores.

La ronda final de ofertas se desarrolla mediante los siguientes actos:

1º Selección de los candidatos que pasarán a la última rondada de negociaciones del proceso de ofertas.

2º Exposición del *Management Presentation* a los candidatos (información interna detallada de la compañía).

3º Acceso al *data room* para que los asesores de los candidatos seleccionados puedan proceder a realizar el *due diligence*.

En este contexto, el *data room* es el lugar físico (habitación, oficina, departamento, etc.) en el que se pone a disposición de los compradores la totalidad de la información y documentación necesaria para hacer la evaluación legal y económica de la empresa. En

¹⁵ La transferencia del paquete accionario también admite la modalidad de negociación directa –o tradicional– en la que desde un comienzo la parte vendedora y la parte compradora están claramente identificadas. El procedimiento se estructura en tres etapas: planeamiento interno de la transacción, las negociaciones contractuales y la conclusión del contrato y transferencia accionaria. Para mayor información puede consultarse Jiménez Herrera, Federico, “Estructuración de la transferencia de un paquete accionario de control”, *La Ley* 2002 - C, 970.

¹⁶ Este sistema es considerado el medio que mejor garantiza la obtención del precio más alto para los vendedores, a la vez que supone significativos ahorros de tiempo y de esfuerzo.

esta etapa, se ha considerado conveniente la firma de un nuevo convenio de confidencialidad. Se ha destacado asimismo que, en este proceso, la conjunción de participación de diversos compradores, competencia y plazos breves crean un marco propicio para la puja, que probablemente se traducirá en la obtención de un mejor precio.

4° Entrega de los borradores de la carta de intención que manifieste el compromiso moral de las partes respecto de llevar adelante las negociaciones para la transacción, y del convenio de transferencia accionaria.

5° Presentación de la oferta final irrevocable.

6° Selección del potencial o potenciales compradores con los que se negociarán las condiciones contractuales definitivas.

7° Suscripción de un nuevo convenio de confidencialidad para ingresar en las negociaciones contractuales finales.

III.1. Aplicación del data room en el derecho argentino

Si bien el *data room* no se encuentra suficientemente desarrollado en nuestro sistema jurídico, es posible verificar que diversas normas lo han previsto.

Existen experiencias que utilizan la herramienta del *data room* en los siguientes supuestos:

- Como un mecanismo de “consulta pública” de carácter no vinculante. Tal es el caso del régimen establecido en la Provincia de Buenos Aires a partir del Decreto N° 787/2004, que al modificar el Reglamento de Contrataciones –Decreto N° 3.300/1972– incorpora la posibilidad de que el Poder Ejecutivo disponga la publicidad de los Pliegos a fin de recabar eventuales objeciones y sugerencias. Dispone, asimismo, que las presentaciones efectuadas por los interesados no serán vinculantes, no obstante lo cual instruye a la autoridad competente a que haga pública su evaluación y las decisiones que adopte sobre cada presentación.

En el ámbito nacional, el Decreto N° 436/2000¹⁸ –Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional– estableció un mecanismo similar, esto es, la apertura de una etapa previa a la convocatoria para recibir observaciones al proyecto del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifiquen. En dicho procedimiento se autoriza al organismo contratante –amén de las presentaciones que se efectuarán por escrito– a convocar a reuniones para recibir observaciones al proyecto o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. La redacción del Pliego de Bases y Condiciones Particulares definitivo tendrá en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que el organismo contratante las considere pertinentes, a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios de igualdad entre interesados, de promoción

¹⁷ 1° Planificación interna de la transacción y designación de asesores y preparación de la adquisición; 2° Inicio de las negociaciones de venta y sondeo de los interesados; 3° Primera ronda de ofertas; 4° Ronda final de ofertas; 5° Negociación de los términos contractuales definitivos y conclusión de convenio de venta. Jiménez Herrera, *op. cit.*

¹⁸ Arts. 10 a 12.

de la concurrencia, de la competencia, de la transparencia y de la ética. Esta disposición fue posteriormente recogida por el Artículo 8º del Decreto Delegado N° 1.023/2001¹⁹.

- Como etapa de “convocatoria” no vinculante con la licitación, en la cual los participantes tienen acceso a la información pertinente para el diseño, construcción, y mantenimiento de emprendimientos de infraestructura o servicios. En estos casos, los potenciales oferentes ponen en común ante la autoridad contratante propuestas para mejorar las condiciones de los pliegos.

- También lo encontramos formando parte de la primera etapa de proceso de selección en un “concurso público”. Tal es el caso de la Resolución N° 814/1998²⁰ del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, por la que se convocó a Precalificación y Acceso al Archivo de Datos a los postulantes interesados en participar en el Concurso Público Nacional e Internacional para la ejecución de las obras en el Dragado de Apertura y Mantenimiento del Vaso Portuario y Canales de Acceso al Puerto de Buenos Aires y la Construcción y Mantenimiento de sus Obras Accesorias y Complementadas²¹.

Dicha resolución organizó el concurso en dos etapas: a) convocatoria a precalificación y acceso al archivo de datos y b) el llamado a licitación. En lo relativo a la primera etapa²², desarrolló el acceso de los postulantes precalificados a la información de detalle, el derecho a acceder al archivo de datos (*data room*) y a recibir oportunamente el anteproyecto técnico preliminar y el texto propuesto²³.

Efectuada la etapa mencionada, establece que previa consideración de las propuestas realizadas por los postulantes precalificados, y efectuadas las modificaciones y aclaraciones que la Comisión considere procedentes, se formulará el texto definitivo²⁴, el que resulta incluido dentro de los instrumentos correspondientes al llamado a licitación.

¹⁹ El Decreto N° 1.023/2001 establece el régimen de contrataciones de la Administración pública nacional.

²⁰ BO 24-7-1998.

²¹ El Decreto N° 357/1998 –que dispuso que las obras en cuestión serían otorgadas bajo la modalidad de la Ley N° 17.520, modificada por la Ley N° 23.696–, en cuyo marco se dictó la Resolución comentada, estableció que la autoridad de aplicación fijaría los criterios de ejecución de las obras, las que podrían desarrollarse en una o varias etapas, y en su caso, que el llamado a licitación a su respecto se efectivice mediante una convocatoria integral o en instancias separables. Asimismo estableció que el Pliego por el que se rigiera el llamado debería contemplar los mecanismos necesarios para evaluar las ofertas y seleccionar al concesionario dentro de un marco de transparencia, que permitiera a los proponentes la más amplia participación en el proceso y un acceso amplio a los estudios previos, información y documentación licitatoria.

²² Anexo I - Pliego de Bases y Condiciones de convocatoria a precalificación y acceso al archivo de datos.

²³ En lo relativo al acceso al *data room*, ponderó el orden cronológico de precalificación y se reglamentó un mecanismo de consultas por escrito, respecto a cuestiones vinculadas con el procedimiento de la convocatoria, cuyas respuestas serían comunicadas mediante circulares a todos los postulantes precalificados. Estableció que las propuestas de los postulantes, en ningún caso generarían derecho o propiedad intelectual alguna, ni derecho a obtener situaciones preferenciales de cualquier orden dentro del procedimiento del llamado a licitación, en caso de ser receptadas en el texto definitivo.

²⁴ Si la Comisión decidiera introducir alguna modificación al Texto propuesto (Anteproyecto Técnico Preliminar y Texto Jurídico) podrá hacerlo antes de elaborar el texto definitivo, previa circularización entre los postulantes para que puedan efectuar propuestas a su respecto.

Asimismo, la licitación pública nacional e internacional para la precalificación de interesados en el desarrollo del centro judicial destinado a albergar la totalidad de los Tribunales Nacionales y Federales con sede en la Ciudad de Buenos Aires, con excepción de la CSJN²⁵ –cuyo llamado fue luego dejado sin efecto por el Decreto N° 1.468/1997–, preveía una primera etapa que abarcaba una doble fase: la que correspondía a la preselección para el acceso a la sala de información-*data room*; y la comprensiva del procedimiento de precalificación, en la que los postulantes debían acreditar la capacidad técnica, patrimonial, económica y financiera para encarar un proyecto de la envergadura del que era motivo de la compulsa. Posteriormente, se convocaba a los precalificados en la primera etapa a presentar las ofertas correspondientes a la segunda etapa (etapa que no llegó a cumplirse en su totalidad).

- También se utiliza el *data room* como una etapa de enriquecimiento de Pliegos – Proyecto– dentro de la primera etapa de selección en una concesión por peaje. Así, puede citarse el Decreto Nacional N° 425/2003 y la consecuente Resolución N° 60/2003 del Ministerio de Planificación de la Nación, en el que se recurrió al *data room* para licitar el otorgamiento de la concesión por peaje, de la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación –bajo el régimen de las Leyes Nros 17.520 y 23.696–, de determinados corredores viales.

La Resolución N° 60/2003, tras efectuar el llamado a licitación pública nacional con el objeto mencionado, aprobó los Pliegos de Bases y Condiciones Generales, y el Texto Propuesto del Contrato y Anexos (Pliegos de Condiciones Particulares y Pliego Técnico Particular de cada Corredor), encomendando a la Comisión de Concesiones fijar los procedimientos y participar como contraparte en la etapa de enriquecimiento del Pliego de Condiciones Particulares y de los Pliegos Técnicos Particulares de cada Corredor, y elaborar los textos definitivos para su consideración y aprobación por la Autoridad de Aplicación competente (delegando en la Secretaría de Obras Públicas). Al respecto, el Pliego de Bases y Condiciones Generales establecía que durante el período establecido en el cronograma de la licitación para el funcionamiento del *data room* se efectuaría la consulta técnica, jurídica, económica y financiera del texto propuesto, período en el que los interesados, quienes hubieran completado su presentación inicial y los postulantes podrán efectuar por escrito propuestas a los documentos señalados.

Una vez culminado el procedimiento de *data room*, por Resolución N° 148/2003, de la Secretaría de Obras Públicas, se aprobó el texto definitivo de los documentos señalados y acto seguido, por Resolución N° 149/2003, se aprobaron los listados de postulantes calificados en condiciones de ofertar y de postulantes no calificados.

Un mecanismo similar fue establecido a partir del Decreto N° 1/1999 –si bien luego derogado por Decreto N° 1.363/2004²⁶– y de la Resolución N° 27/1999 de la Secretaría

²⁵ Pliego aprobado por Decreto N° 1.071/1994.

²⁶ Derogado a raíz de la firma posterior de un Convenio con el objeto de realizar un estudio, proyecto y construcción de la obra Doble vía en la ruta N° 40 Sur Tramo Luján de Cuyo - Ugarteche, obra que con ajuste a los términos del acuerdo, correspondía ser efectivizada de acuerdo a las previsiones de la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064.

de Obras Públicas. El primero dispuso que la construcción, mejora, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de la Red de accesos a la Ciudad de Mendoza sería otorgada bajo el régimen de Concesión de Obra Pública por cobro de tarifas o peaje, y estableció que el Pliego de Bases y Condiciones contemplaría los mecanismos necesarios para evaluar las ofertas y seleccionar al concesionario dentro de un marco de transparencia que permita a los proponentes la más amplia participación en el proceso y acceso a los estudios previos, información y documentación licitatoria²⁷. Consecuentemente, la Resolución mencionada luego de efectuar el llamado a licitación pública nacional e internacional, y de aprobar el Pliego de Bases y Condiciones, creó la Comisión Especial de Licitación, uno de cuyos objetivos era conducir el archivo de datos o *data room* y posteriormente elaborar el texto propuesto y el texto definitivo a que hace referencia el Pliego de Bases y Condiciones para ser aprobados por la Secretaría de Obras Públicas.

Por último cabe citar el Decreto N° 650/1997, por el que se autorizó al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a efectuar un nuevo llamado a licitación pública nacional e internacional para contratar, por el sistema de concesión de obra pública, la construcción, mantenimiento y explotación de la conexión física entre las ciudades de Rosario (Provincia de Santa Fe) y Victoria (Provincia de Entre Ríos). En su articulado determinó que en el procedimiento a llevarse a cabo para el otorgamiento de la concesión debería contemplar un mecanismo de calificación, *data room* y selección del concesionario, desarrollado en forma progresiva, en un marco de transparencia que permita la más amplia participación de los proponentes.

Como vemos, este sistema exige, por lo general, comparar ofertas disímiles dado que cada oferente en puja presentará su propia alternativa. La consideración de este extremo deja al descubierto algunos riesgos de déficits operativos provenientes de la distinta filiación de los sistemas de contratación pública del cual provienen estos mecanismos comentados.

Con respecto a la recepción del *data room* en la jurisprudencia argentina corresponde mencionar que, aunque esta figura no ha tenido amplia recepción jurisprudencial, ha sido traída a colación²⁸—si bien *obiter dictum*—, como mecanismo tendiente a evitar los conflictos de futuras licitaciones ante la excesiva cantidad de impugnaciones de la que fue objeto la licitación implicada en el caso en el que el Tribunal debió expedirse, y en general, en el contexto nacional.

²⁷ Ya en sus considerandos destacaba que el texto definitivo de los estudios de prefactibilidad que integrarían la documentación licitatoria, resultarían del análisis, evaluación y enriquecimiento a producirse durante la etapa de archivo de datos (*data room*).

²⁸ 15-2-2000. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, “Consur S.R.L. c/ Municipalidad de Neuquén”. Publicado en *La Ley* 2001- D, 75.

IV. Mecanismos de participación en la elaboración de la documentación contractual. Nuevas tendencias

Dentro de las nuevas modalidades de contratación y en atención al rol que adquiere el sector privado—no sólo en la financiación de las infraestructuras sino que también producto de su involucramiento bajo modalidades asociativas— ha de producirse un cambio en el régimen de la contratación, principalmente, en la instauración de mecanismos de participación de los actores involucrados, máxime teniendo en cuenta que la envergadura y la complejidad técnica de las obras así pueden recomendarlo.

En tal sentido, las Disposiciones Legales Modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI)²⁹, han previsto un mecanismo de consulta con los oferentes que fueran preseleccionados en un procedimiento de selección del concesionario.

En tal sentido, las disposiciones relativas específicamente a la selección del concesionario prevén que en el supuesto en que la autoridad contratante no considere factible describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente, el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas, una vez efectuada la preselección de los oferentes, la solicitud de propuestas a los mismos pueda realizarse en dos etapas³⁰.

En la primera etapa del procedimiento establece la posibilidad de que se solicite a los oferentes que presenten propuestas iniciales relativas al pliego y a las restantes cuestiones señaladas en el párrafo anterior. Ello puede estar motivado en que la autoridad contratante no haya podido elaborar detalladamente las cláusulas contractuales—máxime en los nuevos tipos de proyectos—, o que considere conveniente para su elaboración la previa realización de una ronda inicial de consultas con los oferentes preseleccionados³¹. A dichos efectos, se establece la posibilidad de convocar a reuniones y mantener conversaciones con los ofertantes.

El procedimiento señalado permite que, una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante pueda reconsiderar y revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como el criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador; o agregar al texto nuevas características o nuevos criterios.

²⁹ Nueva York, 2004. Las Disposiciones Legales Modelo fueron preparadas por la CNUDMI como adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI (Nueva York, 2001) sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Con la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada, las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo contienen una serie de disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto.

³⁰ Cfr. Disposición Modelo 10: Procedimientos para la solicitud de propuestas.

Con posterioridad, en la segunda etapa del procedimiento, se instituye que la autoridad contratante invitará a los ofertantes a presentar propuestas definitivas, informando acerca de las supresiones, modificaciones o adiciones efectuadas.

V. Incorporación de las modalidades de contratación pública. Su compatibilidad o disfuncionalidad

Si bien podría decirse que esta figura de *data room* ya resultaba contemplada tanto en el régimen de la obra pública nacional, cuanto en el de la concesión de obra pública, debe repararse en un dato no menor y es el siguiente:

La incorporación de la técnica angloamericana de la asociación público privada –proveniente de un sistema de contratación pública de inspiración opuesta o cuanto menos distinta al nuestro– sin un previo análisis de compatibilidad y sistematicidad y sin una previa discusión de las categorías y estructuras que lleva implicadas, podría acarrear presumibles dudas interpretativas y consecuentes nuevas disfunciones sobre su operatividad y nuestro sistema jurídico.

Y en este sentido, es dable suponer que estas impacten en la discusión por el carácter público de las actividades y los bienes involucrados en los emprendimientos, los títulos de prestación y –cuanto menos– la extensión de los derechos de propiedad de los inversores privados, lo que también se conecta con sus prerrogativas de defensas de sus intereses ya que en la mayoría de los casos se tratará de inversores extranjeros amparados en el sistema de los tratados internacionales de protección de inversiones.

Ello por cuanto no debemos olvidar que esta modalidad contractual, proveniente del sistema anglosajón, se inscribe dentro de sistemas de contratación pública de libre elección –como lo es el inglés– o de procedimientos flexibles –como lo es el norteamericano–, siendo que por el contrario nuestro país se inscribe dentro de los sistemas de procedimiento rígido, el cual, como lo caracterizó el Dr. Salomoni, consiste en la sujeción estricta por parte del Estado a procedimientos normativamente establecidos para la selección del contratante.

Una posible disfuncionalidad que puede provocar la utilización de estas modalidades en nuestro ordenamiento jurídico puede verse ejemplificada en el procedimiento de selección iniciado con la calificación de interés público de una iniciativa privada prevista en la Ley N° 17.520³². Para instaurar la selección del contratista –bajo la modalidad de licitación pública o concurso de proyectos integrales–, se establecía un sistema de tratativa preliminar

³¹ Se considera importante que la autoridad contratante establezca las cláusulas contractuales clave del contrato de concesión, en particular sobre la forma de distribución de los riesgos del proyecto, para evitar que los ofertantes intenten minimizar los riesgos que les competen, con el correlativo peligro de que resulte frustrado el objetivo del proyecto.

³² El Art. 4º, inc. c), prevé la concesión de obra pública otorgada por contratación con sociedades privadas o mixtas, en las que se admite la presentación de iniciativas privadas. La Ley N° 17.520 fue modificada por la Ley N° 23.696, reglamentada por el Decreto N° 1.105/1989.

entre la persona o entidad privada y el Organismo Público, a fin de fijar las bases de la futura concesión³³. Esta tratativa preliminar implica que el iniciador, quien luego en el procedimiento de selección cuenta con un régimen de derechos y preferencias, acuse una participación previa que podría ser válidamente cuestionada desde la perspectiva de los principios básicos de la contratación pública en nuestro derecho, principalmente el de igualdad.

En forma similar al sistema de las tratativas preliminares puede ser interpretada la locución “términos de referencia” prevista en el Decreto N° 966/2005, que aprueba el Régimen Nacional de Iniciativa Privada aplicable a los sistemas de contratación regulados por las Leyes Nros. 13.064, 17.520 y 23.696. En este supuesto, el iniciador también accede a una intervención de la que no participan los futuros oferentes³⁴ y cuenta con un régimen de preferencias³⁵ que lo hace, sino incompatible, al menos cuestionable desde la óptica de los principios que informan los procedimientos selectivos.

Si reparamos en lo expuesto, vemos –siguiendo a Salomoni– que en los sistemas contractuales de la cultura jurídica angloamericana, estos se caracterizan por la posibilidad de negociación directa entre el particular y el órgano estatal. En ellos, el Estado posee una libertad amplia de excepcionar el ordenamiento, el cual –bajo la regla de no imperatividad de procedimientos prefijados– se limita a establecer modalidades selectivas a título meramente enunciativo. Ello puede advertirse en la Reglamentación Federal de Compras del derecho norteamericano (*Federal Acquisitions Regulation* o FAR), cuyas reglas pueden ser dejadas de lado por el funcionario contratante en casos que así lo justifiquen, lo que resulta discutible que pueda ocurrir en el régimen de contrataciones del sistema europeo continental del que nuestro sistema es tributario³⁶.

³³ El Art. 4º, inc. c), establece que las tratativas preliminares entre la persona o entidad privada y la entidad pública concedente, se llevarán a cabo hasta fijar las bases principales de la futura concesión; hecho lo cual se optará por la licitación pública con dichas bases o se convocará públicamente para la presentación de proyectos en competencia, mediante los avisos o anuncios pertinentes.

³⁴ El Art. 6º establece que si se optara por la modalidad de contratación como de Concurso de Proyectos Integrales, el iniciador deberá presentar los Términos de Referencia de los estudios, su plazo de ejecución y prestación, y costo estimado de su realización dentro del plazo de treinta días, debiendo el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, llamar a Concurso de Proyectos Integrales en el plazo de treinta días a contar desde el vencimiento del plazo anterior.

³⁵ Al respecto ver Arts. 8º, 9º y 10º del Decreto N° 966/2005. El primero establece que en caso de ofertas de equivalente conveniencia, será preferida la de quien hubiera presentado la iniciativa, entendiéndose que existe equivalencia de ofertas cuando la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada no supere el 5% de esta última. El segundo reza que si la diferencia entre la oferta mejor calificada y la del iniciador fuese superior al 5% hasta en un 20%, el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas. Por el último artículo se dispone para el autor de la iniciativa privada que no fuera seleccionado, el derecho a percibir en calidad de honorarios y gastos reembolsables de quien resultare adjudicatario, un porcentaje del 1% del monto que resulte aprobado.

³⁶ Para ampliar, ver Cassagne, “La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano”, *ED*, 30-11-2000.

VI. Encuadre del *data room* como modalidad de elaboración participativa de normas

Habiendo advertido preliminarmente sobre el peligro que en su génesis supone la importación de institutos que pertenecen a ordenamientos jurídicos foráneos, con principios y fuentes diversas—y algunas veces diametralmente opuestas— a las del derecho argentino, es posible intentar su encuadre—o al menos encontrar finalidades similares— en las normas existentes en nuestro ordenamiento. En especial, se abordará su inclusión en el ámbito de la participación ciudadana en la función administrativa, en lo relativo a la formación de la voluntad de la Administración pública dentro de lo que se ha dado a conocer en palabras del Dr. Comadira como participación procedimental no defensiva³⁷.

En ese orden, el Decreto N° 1.172/2003³⁸ que aprueba el Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas como un mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación³⁹, puede resultar recepticio de la modalidad del *data room* descripta en párrafos anteriores⁴⁰.

La elaboración participativa de normas constituye un procedimiento por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley, que involucra a sectores interesados y a la ciudadanía en general, cuando las características del caso lo permiten.

En el tema que nos ocupa, la documentación contractual que puede sujetarse al mecanismo del *data room* está constituida principalmente por los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y Pliegos de Especificaciones Técnicas de la futura contratación, cuya naturaleza jurídica se condice que la descripta en la norma (norma administrativa). En efecto, los Pliegos de Bases y Condiciones Generales poseen naturaleza de reglamento⁴¹, en tanto

³⁷ Comadira, Julio Rodolfo, *op. cit.* La participación no defensiva se canaliza por medio de diversas especies del genérico “debido procedimiento previo”, cuyo fundamento constitucional deriva de la razonabilidad estatal (Art. 28, CN). El mecanismo de elaboración participativa de normas se encuadra en la modalidad de participación procedimental no defensiva.

³⁸ Por este decreto se aprueban diversos reglamentos que establecen mecanismos de participación (audiencias públicas, publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del PEN, acceso a la información pública para el PEN, reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos).

³⁹ Art. 3° del Anexo V

⁴⁰ Por su parte, el Dr. Comadira ha mencionado el Art. 10 del Decreto N° 436/2000, recogido luego por el Art. 8° del Decreto Delegado N° 1.023/2001 como antecedente significativo de la elaboración participativa de normas en Comadira, Rodolfo, “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, *elDial* - DC697.

⁴¹ La CSJN ha categorizado los pliegos de bases y condiciones generales como reglamentos en “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, 22-12-1993, *ED* 159-43. En el mismo sentido se expresa Comadira, quien los califica como actos de alcance general normativo, es decir, reglamentos, en tanto regulan, con vocación de permanencia, una pluralidad de casos indeterminados y se incorporan al ordenamiento sin consumirse con su aplicación. Comadira, Julio Rodolfo, *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, pp. 115 y sigs.

que los Pliegos de Condiciones Particulares, que elaboran y aprueban las respectivas entidades estatales para cada procedimiento de selección, han sido calificados por diversos sectores de la doctrina tanto como reglamentos⁴², actos de alcance general no normativo⁴³, y finalmente como actos administrativos particulares⁴⁴.

Asimismo, la finalidad perseguida en el procedimiento de la elaboración participativa de normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana –en particular, de toda aquella persona que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse–, en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley⁴⁵. En orden similar, la participación de los interesados –esto es, potenciales oferentes de un procedimiento de selección del contratista estatal, o postulantes precalificados con acceso al archivo de datos– en la determinación de las bases de la futura contratación puede considerarse como inscripta en dicho precepto, siendo palmario su interés en tanto que del contenido de los pliegos dependerá, en definitiva, la elección de quién resultará contratista estatal, el régimen de ejecución del contrato respectivo, y en definitiva, el interés público mismo comprometido en el éxito en la realización del objeto del contrato⁴⁶.

Esta participación se alinea asimismo con los principios cardinales de la contratación pública, como lo son la publicidad y la concurrencia⁴⁷, principio este último que si bien está establecido en favor de la Administración para contratar con quien ofrezca las mejores garantías, en la medida en que se permita la discusión y recepción de los aportes de los interesados, probablemente se traducirá en una mayor afluencia de oferentes que mejorará las contrataciones del Estado.

Tanto en uno como en otro procedimiento, es de destacarse que el carácter de las consultas no es vinculante, siendo necesario dejar constancia en los fundamentos de la norma, de la realización del procedimiento, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas al texto como consecuencia del mismo.

⁴² Cfr. Barra, Rodolfo, *Contrato de obra pública*, T. 2, Buenos Aires, Ábaco, p. 485.

⁴³ Cfr. Comadira, *op. cit.*, p. 116. Entiende que las prescripciones de los pliegos de condiciones particulares son aplicables a una pluralidad indeterminada de personas (potenciales oferentes) que se consumen con su aplicación.

⁴⁴ Cfr. Rejtman Farah, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, 2000, p. 138.

⁴⁵ Conforme Art. 4º, Anexo V.

⁴⁶ Al respecto, el Dr. Rejtman Farah sostiene: “[...] el propio sector privado productor de los bienes o servicios a contratar, tiene muchas veces experiencia y conocimiento de que frecuentemente su participación contribuye a complementar la del órgano licitante. Si estas discusiones son públicas y abiertas entre todos los posibles competidores, tal mecanismo participativo –sobre todo en cuestiones de alta complejidad técnica– permitirá un mejor diseño de las especificaciones a requerir”. Rejtman Farah, Mario, *Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia*, Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad, mayo 2004, 103.

⁴⁷ Sobre este principio se ha dicho que tiende a permitir que el mayor número posible de interesados pueda formular su oferta: Canosa, A. N. y Mihura Estrada, G., “El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial”, publicado en *JA*. N° 6010 del 6-11-1996, pp. 24-25.

Por último, se observa que los propósitos mencionados en los considerandos del decreto promulgan con la idea esbozada, en tanto que, para alcanzar el saneamiento de las instituciones, otorga un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la Administración. Asimismo, se sostiene que mejorar la calidad de la democracia supone garantizar el máximo flujo informativo entre los actores sociales y sus autoridades a fin de asegurar el ejercicio responsable del poder.

En consecuencia, es posible encontrar en el Decreto N° 1.172/2003 una herramienta que al receptor la discusión de los interesados en forma pública, no sólo constituya una fuente de información de la Autoridad Pública, sino también como instrumento que posibilita la transparencia⁴⁸.

VII. Epílogo

Como corolario de la presentación de las paradójicamente llamadas nuevas modalidades de contratación pública, a casi veinticinco años de su previsión inicial y a una década de su reformulación en mi país, creo necesario decir que es deseable que su desarrollo tome en consideración las peculiaridades de cada mecanismo, reparando en su filiación de sistemas y tradiciones jurídicas y culturales disímiles a nuestra identidad latinoamericana, a fin de producir una reflexión situada temporal y espacial respecto de dichas técnicas y su utilidad real y concreta para la atención de los intereses públicos, que averse todo riesgo de interpretaciones disfuncionales que atenten contra el proceso de reconstrucción de nuestro derecho público latinoamericano, de manera de posibilitar, y en esto hago mías las palabras de Salomoni, al decir que esta apertura al mundo sea realizada no a partir de renovadas incorporaciones acríicas sino a partir de nuestro pensar situado.

Digo esto, porque parafraseando a ese gran pensador argentino que fue Arturo Jauretche, creo que si la incapacidad para ver el mundo desde nosotros mismos ha sido sistemáticamente cultivada en nuestro país, entonces, la discusión de las nuevas modalidades de contratación deben previamente partir de la comprensión de ese especial contexto témporo espacial en el que se inscriben, que no es otro que el contexto regional latinoamericano, y que remiten en la actualidad a la reflexión de los nuevos paradigmas que se conforman a partir de los procesos de crisis del Estado e internacionalización de nuestros ordenamientos.

Creo que ello es así, a partir de considerar que el problema en el cual se inscribe nuestro tema se determina por el hecho de que con la globalización, el nexo entre crecimiento económico y desarrollo social ha comenzado a mostrar evidentes signos de deterioro, entre otras, por las siguientes razones principales:

⁴⁸ Entre las medidas preventivas para posibilitar la transparencia en las contrataciones públicas, la doctrina ha destacado los procedimientos consultivos; entre ellos, las reuniones con el mercado de potenciales oferentes para discutir previamente las bases de la futura contratación. Ver Rejtam Farah, Mario, *op. cit.*

- Por un lado, el crecimiento (la expansión) de los mercados se ha traducido en nuevas formas de desigualdad por efecto del renovado desequilibrio entre capital y trabajo.

- Por el otro, lo anterior genera un empobrecimiento de los bienes sociales como consecuencia del hecho de que los sujetos económicos, bajo el ropaje de los nuevos desafíos de la competitividad global, han acentuado la tendencia a la absorción de recursos.

- Finalmente, por la institucionalización jurídica de un derecho que lo vuelve posible y que asume en un caso el perfil de una *lex mercatoria* autodirigida por la economía y asimismo por la institucionalización de una *lex mundialis* capaz de crear las condiciones para una ciudadanía cosmopolita⁴⁹.

Es entonces y para concluir, que frente a una globalización desterritorializada y de lógica puramente económica y financiera, que ignora las identidades regionales y sus tradiciones jurídicas, debe erigirse una internacionalización que identifique en sus componentes centrales el reconocimiento de las identidades y similitudes de las tradiciones jurídicas latinoamericanas⁵⁰. Que así sea.

⁴⁹ Cfr. Eduardo Greblo, en *op. cit.*, pp. 11, 14 y sigs., siguiendo su línea argumental.

⁵⁰ Vinculado a la cuestión de las intersecciones de la globalización sobre la realidad latinoamericana, no puedo dejar de recrear las palabras de Arturo Jauretche, quien en su obra, *Los profetas del odio*, señalaba: “[...] si todo es según el color del cristal con que se mira, conviene saber que anteojos y anteojeras nos han puesto parecidas a esas gafas que usan muchos nativos, con la que logran ignorar los verdes de nuestros campos y los azules de nuestros cielos, acomodados al matiz uniforme de aquellas casas de óptica que dirigen los instrumentos modeladores de la llamada inteligencia argentina”.

SOBRE EL DISCURSO JURÍDICO ANTICORRUPCIÓN DENTRO DE UN SISTEMA QUE LA PROMUEVE

“Cuanto más corrupto es el Estado, más leyes tiene”.
(Tácito)

I. Reflexión inicial

Las últimas décadas han visto evolucionar discursivamente la extendida condena a la corrupción estatal y la preocupación por desarrollar prácticas de combate y mecanismos de prevención general. Ello se tradujo en el dictado de numerosas normas por las que se actualizaron inveterados principios y reglas al tiempo que se acopiaron otros nuevos en base a los cuales se implementaron medidas y resortes burocráticos potenciados en su difusión mediática, su edición en sitios gubernamentales de internet y su apertura actual en las redes sociales.

Enmarcan a este deseado contexto las anheladas ratios de transparencia de la organización pública, apertura a la participación de la sociedad civil, eficiencia del sistema de poder, eficacia en el ejercicio de las potestades y efectividad en la tutela de los derechos e intereses de la sociedad, dentro de una deseada concepción dialógica de gobierno abierto. La preocupación por los efectos devastadores de la corrupción estatal se encuentra presente en numerosos foros y agendas gubernamentales y académicas que funcionan como amplificadores de la actual estructuración del discurso condenatorio.

Estamos quizás ante un ciclo re-inaugural. Ante un comienzo –o un nuevo intento– respecto de un problema eterno atinente a las oscuras y universales pulsiones humanas magistralmente tratadas y cantadas por los clásicos. Estamos frente a una materia en la que los antiguos escritos recobran renovado vigor. Imposible no conectar la raíz profunda de la humanidad esencial de este problema con la “alegoría del carro” alado de Platón. O, por ejemplo, recreando algunos versos de los poemas de Hesíodo en *Los trabajos y los*

días, al sentenciar: “No aspire a ganancias ilícitas, porque equivalen a la ruina [...] Buena es la liberalidad; pero la rapiña es mala y mortal. Si alguien da, aunque sea mucho, y por su propio impulso, se alegra de dar y está contento de ello en su corazón; pero el que roba escudándose en su impudicia, aunque sea poco, queda con el corazón desgarrado [...] Dulce es gozar de los bienes presentes y cruel desear los de fuera [...] Evita una mala fama entre los mortales. La mala fama es peligrosa; se levanta fácilmente, se soporta con pena y se consigue difícilmente echar de sí. Cuando son pueblos numerosos los que difunden la fama, no perece ésta nunca, porque es también diosa [...] Dichoso aquel que, sabiendo todas estas cosas, irreprochables ante los dioses, se entrega al trabajo sin cometer falta alguna; observa los augurios de las aves y huye de las malas acciones”.

La invocación no es fortuita sino destinada a marcar que estamos frente a una cuestión consustancial al ser humano que requiere de un abordaje cuidado para procurar aventar las frecuentes manipulaciones mediáticas o sus frecuentes utilizaciones distractivas o persecutorias de un discurso anticorrupción que si bien registra avances y desarrollos aún pervive fragmentario en la superficie. Se multiplica en normas que no logran ni transformar ni prevenir el núcleo promotor de la corrupción. Se arroja en mecanismos que no impactan al interior del sistema de derecho público, que aún no inciden sobre sus reales condiciones de operatividad. Carecen de efectividad correctiva. No fortalecen ni mucho menos transparentan los consabidos y oscuros intersticios que perviven dentro del sistema de organización y funcionamiento del poder administrador en los que, en cambio, se anuda en toda su fuerza un núcleo operativo y discursivo profundamente arraigado en nuestras latitudes y largamente acuñado a través de la mala utilización de las arquetípicas nociones fundantes, técnicas y categorías acuñadas por la construcción clásica de nuestro derecho público sobre el que no se apreciaría tan osado enrostrarle fungir en los hechos como un instrumento eficaz de promoción de la corrupción.

La discusión sobre la corrupción estatal entraña una multiplicidad de conexiones que escapan largamente a este trabajo, el cual solo pretende pasar revista al desarrollo de las normas anticorrupción para marcar su generalidad y baja efectividad en oposición a aquellos resortes, categorías y técnicas de actuación administrativa concretas que si bien resultan propias de un cuño clásico acaso superado por las nuevas racionalidades discursivas, su operatividad y efectividad se preserva inalterada y certera, acaso como intersticio blindado por el cual permea de manera específica aquello que el ordenamiento general declama combatir.

Sucede que en materia anticorrupción lo esencial no es invisible a los ojos. Sería deseable dotar de real operatividad sistémica a éstas nuevas racionalidades de transparencia, participación, eficiencia y efectividad mediante su interconexión al régimen jurídico de organización y funcionamiento de la Administración pública. Acaso sea conveniente en concreto que estas ratios de anticorrupción se traduzcan en técnicas preventivas reales que impacten y transformen a los procedimientos administrativos, a los regímenes de contrataciones administrativas, a los elementos esenciales del acto administrativo, al ejercicio de las potestades, al control judicial amplificando su ámbito de intervención y a los sistemas de presupuestación pública, administración financiera y control administrativo. Y es esperable

que todo ello sea puesto al servicio no de la ocasional persecución o condenación mediática sino a la consecución de aquella alta finalidad pública constitucional de prosperidad o progreso para la mejor atención de las necesidades colectivas. De todo ello procuraré tratar a continuación.

II. Una primera aproximación al eterno fenómeno de la corrupción

Ciertamente hablar de corrupción es muy difícil, precisamente porque –tal como se sostiene en psicoanálisis– la posición enunciativa denuncia al sujeto. La historia reciente nos evidencia una miríada de políticos que construyeron sus carreras denunciando corrupción para luego volverse gobernantes corruptos. Es que en la propia posición enunciativa o denunciativa de ese sujeto inconscientemente suele estar denunciando su propia envidia de, o ambición de, o codicia, por ocupar la posición que le permita enriquecerse. Por eso alguien puede estar denunciando la corrupción de otro pero ello solo estará encerrando el propio anhelo o deseo o la propia ambición de ocupar ese lugar.

En psicología, el interés sobre el tema lo implica al emisor de determinado modo como sujeto. Una posición de denunciante sistemático crónico, como la vemos asumida en muchos políticos, marca cierto tipo de subjetividad, enmascara otro tipo de representación enmarcada en la envidia por lo que se está denunciando. El “interés por” suele marcar “algo” del sujeto. De allí la necesidad de ser muy mesurados y cuidadosos cuando hablamos de corrupción.

Por eso más que preguntarme ¿por qué el hombre es corrupto?, empezaría mejor invirtiendo los términos: ¿por qué alguien no es corrupto?; ¿qué hace que alguien se frene ante la voracidad y la ambición desmedida de apropiarse de lo ajeno? Hay ciertos frenos que históricamente lo han tratado de impedir. En la antigüedad, los preceptos religiosos de la cultura tienen que ver con la generación de un estado de cierta inhibición de los impulsos para generar normas de convivencia –pasaje que Levi-Strauss trabaja en “Naturaleza y cultura”¹ o Freud en *El malestar en la cultura*². En todo caso se trata de la internalización como bueno de un determinado plexo de valores que de la religión pasarán al universo simbólico de la ética para luego encarnarse en el derecho. Sentado ello corresponde decir que ésta última obra citada se la considera la exposición más completa de las ideas del padre de la psicología acerca de la historia de la humanidad –convertida en un clásico de la psicología– en la que puso al desnudo el irremediable antagonismo entre las exigencias pulsionales y las restricciones impuestas por la cultura, afirmando que nuestra especie ha pagado por el progreso el elevado precio de sacrificar la vida instintiva y reprimir la espontaneidad.

¹ Levi-Strauss, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 35 en adelante.

² Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura* (1930), Traducción de Luis López Ballesteros, Barcelona, Reedición de Alianza Editorial, 2006.

Desde esta óptica, quizás el gran problema de la hipermodernidad –en los términos de Gilles Lipovetsky– sería la pregunta: ¿qué es lo que frena al sujeto a apropiarse de lo que no es suyo? Porque hoy –subliminalmente– los valores se afincan en la rapidez, la inmediatez, en el goce instantáneo. La idea de valor como algo duradero está subliminalmente muy cuestionado. Hoy el ideario de la persona recta está profundamente cuestionado porque es ineficaz al logro de ese fin. Hoy el subconsciente colectivo de la era de la hiperconectividad prioriza más el máximo aprovechamiento del presente que la proyección de un futuro duradero. Este contexto hace a un sujeto más vulnerable hoy a la corrupción³.

Creo que todos coincidimos en que la problemática de la corrupción en el Estado es uno de los temas más delicados y escabrosos del moderno derecho público porque degrada a las personas e instituciones, porque sume en mayor pobreza a los más necesitados, porque alienta las peores prácticas empresariales llamadas “rent seekers” orientadas al desarrollo de un oscuro poder económico de “crony” capitalistas⁴ que se encuentran con gobernantes espurios para juntos hacerse cada vez más poderosos y ricos porque, no olvidemos, como decimos en Argentina, que la corrupción es como un “Tango” amargo, que se baila de a dos.

También creo que todos coincidimos en la importancia de las Convenciones Internacionales sobre la materia, tanto la Interamericana cuanto la de Naciones Unidas contra la Corrupción. Básicamente porque han puesto de relieve este problema y han robustecido el desarrollo de un entramado normativo interno especial en cada Estado Nacional. Pero sin embargo, encuentro que algunas de estas previsiones quedan reducidas a expresiones de deseos, enmarcadas en un espejismo de meras formalidades, de reduccionismos simplistas y hasta de placebos. Hay quien podría arriesgar que el desarrollo normativo especial anticorrupción tanto en plano de las convenciones internacionales cuanto en los ordenamientos internos revisten carácter inocuo porque, precisamente, la corrupción no ha disminuido. No han revelado ser instrumentos eficaces de lucha contra la corrupción.

Podría también aventurarse que es una materia dominada por un discurso jurídico naif y ambiguo ceñido a una discusión y una construcción de un ordenamiento especial anticorrupción encerrado sobre sí mismo y que no se proyecta ni se interrelaciona con aquellas técnicas y normas precisas que son las que alientan la corrupción. De esta manera el discurso jurídico anticorrupción es esencialmente dogmático y escasamente operativo porque prescinde de aquel dato central que presentaba Juan Ramón Capella: que el derecho y el poder contemporáneos son una entidad integrada por varios estratos superpuestos que

³ Ampliar en: Lipovetsky, Gilles, *Los tiempos hipermodernos*, Barcelona, Anagrama, 2006.

⁴ Sobre las categorías “rent seekers” y “crony capitalism”, me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “Sobre los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina”, en *EDA*, Buenos Aires, 2007-467. Y también en un anterior trabajo de quien esto escribe: “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica”, en Cienfuegos Salgado, David; Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (Coord.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp. 161 a 192.

evolucionan de manera desigual en los distintos contextos históricos temporales formando el ordenamiento, disfuncional, que tenemos hoy⁵.

Por esto creo que al actual discurso jurídico hegemónico de combate a la corrupción, bien le cabe aquella provocadora ironía proferida por Groucho Marx al decir que “la política es el arte de buscar problemas, encontrarlos, hacer un diagnóstico falso y aplicar después los remedios equivocados”. Este es el problema que a mi modo de ver aqueja al actual entramado discursivo y normativo anticorrupción, de suerte que el real combate a la corrupción pública debe darse no mediante la continuidad de desarrollo de nuevas convenciones y normas anticorrupción de carácter punitivo –que, si bien han sido un avance, hoy gozan solo de alta legitimidad mediática– sino por intermedio de la indagación de los ordenamientos preventivos particulares a partir de los cuales se la fomenta. Debemos intervenir sobre aquellas normas administrativas concretas que abren campo fértil a la corrupción.

III. El desarrollo normativo anticorrupción

El notable desarrollo del discurso jurídico e institucional anticorrupción posee entidad para erigirse en uno de los hitos constructivos del derecho público de estos tiempos, según aceptadamente se comparte. Por tal motivo procuraré pasar revista a los principales instrumentos siguiendo una correlación temporal.

III.1. La Convención Interamericana contra la Corrupción

Existe en nuestro país y también en América Latina un aceptado y generalizado consenso en afincar la exteriorización genética de este ciclo transformador en el impulso brindado por la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 promovida por la Organización de Estados Americanos incorporada a nuestro ordenamiento por Ley N° 24.759 y, acaso, incardinada dentro de los destellos dialógicos inspiradores de algunos pasajes de la reforma constitucional argentina de 1994 que, acaso, prendieron en los textos constitucionales locales y su primer impulso legislativo autonómico porteño.

La importancia de la Convención fue largamente loada por la principal doctrina argentina en base a una multiplicidad de razones que exceden a este trabajo. No solo porque importó en concreto el reconocimiento y jerarquización de los principios de transparencia y eficiencia como objeto y finalidad de la gestión pública con mutación de las obligaciones de medios a resultados, sino –entre varias otras razones– principalmente porque se erigió en un relevante llamado de atención transnacional a través del cual se llamó a las cosas por su nombre. Se puso en palabras de un texto convencional que “el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública”. Y al mismo tiempo, se reconoció la “necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil”, reforzando así la conexión conceptual entre los derechos de participación y la gestión

⁵ Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 12 y sigs.

pública que para mediados de la década de 1990 se encontraban circunscriptas a las audiencias públicas en materia de servicios públicos. La importancia de esta conexión –insisto, entre muchas otras– se afina, acaso, a modo de raíz de las prácticas que hoy se denominan Gobierno Abierto. Propongo tratar alguna de sus previsiones centrales acaso más afines a las inveteradas técnicas de gestión administrativa en apoyatura de mis apreciaciones generales que enmarcan esta aportación.

El articulado de la Convención, tras definir en su Artículo I su alcance personal al establecer una noción orgánico-subjetiva de función pública y funcionario, destacará en su Artículo II.1, en lo que aquí nos interesa, entre sus finalidades, la de “1. Promover y fortalecer el desarrollo [...] de los mecanismos necesarios para prevenir [...] y erradicar la corrupción”. Para ello especificará en los párrafos 5º, 6º y 11 de su Artículo III dos órdenes principales de medidas preventivas a cargo de los Estados, que me interesa especialmente destacar.

En primer lugar, su párrafo quinto estableció la obligación interna –profusamente comentada por la principal doctrina nacional– de desarrollar “sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia”. Y en su párrafo sexto, “sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado”. Tal como ya lo ha explicitado la principal doctrina nacional, éstas cláusulas constituyeron un notable avance al jerarquizar al principio de eficiencia, convertirlo en regla y atribuirle una máxima sustantividad con entidad para trastocar los alcances de las obligaciones estatales y del ejercicio de las potestades públicas. Sin embargo, en los hechos, dada la generalidad de su redacción – y acaso cierta ambigüedad propositiva–, sus déficits de certeza y necesidad de un aceptable grado de especificidad de sus contenidos y objetivos, determinó que su operatividad resulte difusa y errática porque en concreto no ha impactado en aquellas inveteradas técnicas e institutos concretos del ordenamiento interno que sirven de sustento a prácticas de corrupción. Y aquí uno de los aspectos más delicados que son denominador común de todo el conglomerado normativo anticorrupción: no se formulan con un aceptable nivel de especificidad por intermedio del cual se provean atributos adecuados de operatividad.

Estos déficits permitirían ensayar una explicación en torno a las dudas sobre la real efectividad de toda esta miríada de normas que, si bien son un avance indudable, aún no han logrado encarnarse en un sistema efectivo pues los márgenes de reducción de corrupción distan aún de ser aceptables. Si leemos la norma comentada, fácil será comprobar que las normas clásicas en materia de procedimientos de selección afincadas en los tradicionales reglamentos y regímenes de contrataciones estatales –asentadas sobre postulados de publicidad, igualdad y concurrencia– no distan de satisfacer el estándar apuntado. Sin embargo, aún así, en el marco de sustanciación de los clásicos procedimientos selectivos, la corrupción no solo dista de ser erradicada sino que es moneda corriente, por lo cual el propio sistema, lejos de combatir, canaliza la práctica corrupta y ello se debe a que las categorías y técnicas contenidas en normas concretas, centrales y troncales, que posibilitan manipular el sistema, permanecen intangibles. Aunque resulte una paradoja, en anterior ocasión tuve oportunidad de explicar de qué manera el instituto de la licitación pública, a

pesar de éste conjunto de normas anticorrupción, sigue siendo fuente de corrupción, a tal punto que no resultaría osado sostener bajo criterios de realidad que la regla de eficiencia llegaría en ciertos casos a resultar más observada y honrada dentro de algunas prácticas –extendidamente denostadas por la doctrina– vehiculizadas a través de mecanismos informales –como los denominados legítimos abonos– que en aquellos arropados para el manto inmaculado del principio de legalidad en materia de contratación administrativa, porque precisamente, bajo un criterio de realidad, tales resortes informales muchas veces posibilitan la atención de necesidades concretas en tiempo real y a menor precio porque, acaso, conspiran contra las prácticas de cartelización de los mercados licitatorios en los cuales la realidad indica que por fuera del órgano licitante se lleven a cabo mecanismos arbitrarios de estructuración de las reales bases y condiciones y formación de precios por quienes resultarán los reales prestadores –pues es un secreto a voces que la adjudicación real de determinados segmentos áulicos de la contratación son dirimidos por fuera del sistema público, el que, a lo sumo, operará como legitimador de acuerdos a los que la organización pública resultará ajena.

En segundo término, la Convención conectó a los derechos de participación con las técnicas de prevención de corrupción, al establecer la obligación de los Estados internos de contar con “mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”. Esta previsión ha sido de importancia pues ha expandido el ámbito que hasta entonces se le reconocía a los derechos de participación. La Convención conectó derechos de participación –y en su evolución actual corresponde añadir también a los derechos de acceso– con mecanismos efectivos de control tanto de los procedimientos de selección y como de ejecución de la contratación pública. Esta conexión, novedosa para entonces, si bien afín a los postulados democrático participativos consagrados en los distintos tratados internacionales de derechos humanos, concurrió y concurre a coadyuvar en la expansión del ámbito de los derechos, la morigeración y apertura de las categorías de legitimación procesal tradicionalmente cerradas y, muy probablemente, impactará en las categorías troncales de nuestro derecho público abriendo nuevos cauces de actuación efectiva a la sociedad civil y, en ello, acaso a modo de anhelo lo diré, posibilitando una nueva legitimidad del sistema.

III.2. La incidencia de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su inaugural producción normativa en el combate a la corrupción

En el marco descripto, la contemporánea Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 fue un buen ejemplo del cuadro expuesto. Nótese que ya en su Artículo 1º consagró a los principios de participación y publicidad de los actos de gobierno como pilares de la nueva legitimidad democrática. Expresamente estatuyó que la Ciudad de Buenos Aires “organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa”, coherente con ello edictó que “todos los actos de gobierno son públicos” y por intermedio de su Título segundo sobre políticas especiales propició la reconfiguración de las tradicionales políticas públicas, que hasta entonces resultaban teorizadas dentro del imperio de la zona

de reserva, en derechos cuya garantía de aseguramiento se exigía a la Administración. Todo ello resultó novedoso pero al mismo tiempo no dejaba de asistirle razón a aquellos sectores doctrinarios tradicionales que, bajo un cariz clásico, aconsejaban mesura y prudencia a la hora de ponderar este desarrollo pues sostenían –en base, también, a criterios de realidad situada– que lejos de operarse un trastocamiento del sistema se estaba tan solo frente a un decálogo de piadosas intenciones. El desarrollo de estos últimos veinte años atribuye su cuota de razón a ambas posiciones por igual.

Las primeras plasmaciones normativas que merecieron los apuntados fulgores participativos –si bien les cabe acaso cierta tacha de tinte declamativo y fragmentario, para lo cual le reconozco su cuota de razón a los sectores más conservadores– se hallan inscriptas en la incipiente Ley Nº 6 de la Ciudad de Buenos Aires sobre Audiencias Públicas o en la Ley Nº 70 sobre Administración Financiera y en su celebrada Ley Nº 104 sobre acceso a la información pública, entre otras. El inicial fragor porteño embriagado de hálitos de transparencia e interpretación evolutiva y humanitaria de los derechos humanos impregnó el espíritu y también algunas letras del articulado de ciertas pero no todas las normas troncales del nuevo diseño institucional.

Corresponde señalar una crítica –la misma apuntada para la Convención– a la técnica legislativa de este primer desarrollo normativo de tinte participativo. Y ella se afina en el carácter genérico y ambiguo enrostrable a estas normas en las que principian consagrando las reglas de la transparencia, la eficiencia y la participación jerarquizándolas a auténticas finalidades de Estado y fundamentos de legitimidad pero luego, el propio legislador, omitió u olvidó reflejarlas y plasmarlas en el articulado concreto y específico privándoles de efectivas condiciones de operatividad mediante las cuales cada una de las técnicas tradicionales de actuación administrativa pudiese verse trastocada, actualizada o reeditada en concreto. Se declamaron éstos nuevos principios, pero se mantuvo el sistema anterior, propio y afín a los cánones clásicos de organización y funcionamiento del aparato administrativo. Quizás corresponda no ser tan severo. Acaso baste con preguntarnos si es que en realidad el legislador no haya sabido cómo hacer.

Un ejemplo normativo grafica el cuadro expuesto. Se encuentra en dos normas troncales en lo que atañe al tema que nos toca. La Ley Nº 70 de Sistemas de Administración Financiera y la Ley Nº 2.095 de Compras y Contrataciones. Precisamente, aquella ley fundamental en materia de diseño de los sistemas de presupuestación, contratación, gasto y control de su ejecución y aquella otra que debiera fungir de contenedora de los apuntados principios de la Convención. Es decir, las normas que debieran haber receptado con minuciosidad y especificado al detalle aquellos altos principios de eficiencia, transparencia y participación para así contener previsiones que posibiliten la real implementación de técnicas nuevas que, a modo de razonada derivación sistémica de tales principios fundantes, hubieren posibilitado una real implementación de tales anheladas finalidades. Es decir, si de lo que se trata es de prevenir la corrupción con criterios de realidad, es aquí, en esta norma troncal, en la cual deben estructurarse de manera específica, sistémica y metódica las normas que posibiliten en concreto brindar operatividad y certeza a los mecanismos reales de interdicción y prevención de la corrupción.

III.2.1. La Ley N° 70 de Administración Financiera y Sistemas de Control

Respecto de la primera, la Ley N° 70⁶, corresponde decir que principiará—con énfasis—su articulado consagrando en su Artículo 3° que el sistema de control público se asienta en “la obligación de los funcionarios de rendir cuentas”, emulando así—o acaso fungiendo de contracara de—aquél *broccardo* revolucionario francés contenido en el Artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que proclamaba: “La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”. Luego, la Ley N° 70 proseguirá con el mismo ahínco estableciendo en su Artículo 9°: “Se garantiza la participación de la población en la elaboración y seguimiento del Presupuesto Anual, del Programa General de Gobierno y del Plan de Inversiones Públicas del Gobierno de la Ciudad a través de foros temáticos y zonales [...]”. También consagrará de manera indubitable en su Artículo 10: “Los sistemas establecidos y regulados por esta ley y toda norma que se dicte en consecuencia tendrán en consideración las prioridades de asignación de recursos elaboradas por instancias de participación de la población”. Y finalmente llegará a establecer en su Artículo 29: “El presupuesto de la Ciudad de Buenos Aires tiene carácter participativo, el cual se garantiza mediante la consulta a la población en el proceso de elaboración y seguimiento”.

Sin embargo, más allá de estos altos anhelos de apertura y participación el articulado, comenzará progresivamente a omitir su pormenorización, precisamente, en aquellas normas en las cuales debieran de haber estado previstos. Buen ejemplo de ello lo constituyen los denominados “objetivos de los Sistemas de Gestión Pública” trazados en su Artículo 12, orientados a proveer de datos, metodología e información “necesaria para que las decisiones públicas se tomen siguiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia”, mas no en el principio de participación, cuya falta de mención, ahora sí, a partir de aquí—excepción hecha del apuntado Artículo 29—comenzará a ser notoria y absolutamente extraña a los seis sistemas de Administración financiera que luego desarrolló la ley—a partir de sus Artículos 26 en adelante—, entre los cuales se cuenta, ciertamente, el sistema de compras y contrataciones sobre el cual corresponde tratar si de prevención de actos de corrupción se trata.

Así, resulta elocuente que para cada uno de los sistemas se prevé un Órgano Rector en el que se concentran, como resorte exclusivo y cerrado, las potestades decisorias de cada uno sin reconocer, sin prever y sin incluso mencionar la posibilidad de mecanismo o instancia participativa alguna. Ejemplo de ello es lo que acontece en: el Artículo 14 en materia del órgano rector de los Sistemas de Programación de la Acción de Gobierno y del de Inversión Pública. O en su Artículo 39 respecto de la consagración de la Oficina de Presupuesto como el órgano rector del Sistema Presupuestario del Sector Público.

⁶ Respecto de los objetivos de la Ley N° 70 en orden a su carácter participativo y el control público me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La jerarquización constitucional del control en la Ciudad de Buenos Aires. Sobre la Auditoría General. Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política”, AA. VV., *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Bidart Campos, Germán—Gil Domínguez, Andrés, Coordinadores, Buenos Aires, EDIAR, 2001, p. 277 en adelante.

Aquí encontramos una notoria contradicción del sistema rayana con el sarcasmo porque, precisamente, el presupuesto que tantas veces se declamó y edictó como Participativo resulta ahora –por mandato expreso de sus Artículos 48, 49 y 50– resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, en orden a “determinar los lineamientos generales del proyecto de ley” sobre la base exclusiva de “los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y entidades”, debiendo “el Poder Ejecutivo presentar el Proyecto de Ley de Presupuesto General a la Legislatura, antes del 30 de septiembre del año anterior para el que rige”. Tal es lo dispuesto por las normas citadas. Así, el mentado presupuesto participativo se encuentra desvinculado y deviene un mecanismo que no se encuentra obligatoriamente integrado a las formas esenciales previas a la emisión del proyecto de ley ni tampoco a su debido trámite legislativo ulterior. Lo propio acontece en materia de cierre de cuentas con motivo del cierre del ejercicio presupuestario. Es que el último párrafo del Artículo 70 es prístinamente claro al disponer que la información reunida al cierre es “centralizada en la Contaduría General para la rendición de cuentas del ejercicio que debe remitir anualmente el Poder Ejecutivo a la Legislatura”.

Huelga decir que ningún atributo exterioriza el sistema en orden a concretar reivindicación alguna de aquel mentado *broccardo* revolucionario francés atinente al soberano derecho del pueblo a la rendición de cuentas de sus administradores, el cual, así las cosas, quedará reducido a la *futilidad de las bravatas retóricas*. Corresponde decir que ésta norma escogida a modo de ejemplo destinado a graficar o validar mi afirmación viene a demostrar que, más allá de las declamaciones de participación y transparencia, los sistemas troncales de gestión pública permanecen cerrados. Y ello es así, precisamente, porque todos los mecanismos tradicionales existentes han sido pensados y plasmados desde una acertada –pero opuesta a la nueva racionalidad– concepción clásica del derecho administrativo en la cual se cristalizaron como atributos del poder estatal. No obstante ello, desde larga data vengo propiciando que tales apuntados déficits pueden encontrar resolución a partir del orden público supranacional de los derechos humanos –llamado a reordenar el sistema– a partir del cual es posible reconocer derechos de participación y acceso de carácter operativos⁷.

III.2.2. La Ley N° 2.095 de Compras y Contrataciones

Lo propio acontece en la Ley N° 2.095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad. Si bien comporta una estructura afín a las previsiones del régimen nacional contenido en los Decretos Nros. 1.023/2001 y 1.030/2016, en orden a la implementación de tipologías y modalidades contractuales más dinámicos y actuales⁸, se mantiene, en cambio, dentro

⁷ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en AA. VV., Bidart Campos, Germán – Gil Domínguez, Andrés, *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 2004, p. 171 en adelante.

⁸ Para una aproximación al nuevo régimen legal de las compras y contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires, se recomienda ampliar en: Carballo, Federico y Rabinovich, Alejandro, *El sistema de Compras y Contrataciones*

de la sustancia procedimental clásica cerrada –por ende, no participativa– de concentración de potestades licitatorias y de ejecución contractual de dirección, control, interpretación, sanción y extinción de procedimientos y contratos, en cabeza –ora– de Órgano Rector –ora– de Unidades Operativas de Adquisiciones –honrando el mandato de centralización normativa y descentralización operativa (dicho sea de paso) siempre interna, cerrada y no abierta–, con el consecuente mantenimiento del consabido muy estrecho margen de actuación de derechos de petición y acceso –propios de la dogmática licitatoria tradicional– restringidos a los sujetos legitimados clásicos del procedimiento administrativo tradicional afincados en los estrechos –y por demás superados– confines de los derechos subjetivos y los “inciertos” intereses legítimos.

Entonces, ambas normas tienen en común el hecho de que verifican la paradoja apuntada: un grandilocuente enunciado del principio de participación que luego no encuentra ni eco ni especificación concreta en su articulado, el cual, por lo demás, modula y resuelve por remisión a las consabidas técnicas generales y tradicionales del procedimiento administrativo clásico. Veamos con algún detalle posible cómo se manifiesta esto en la ley local de compras.

Esta norma también principiará –con énfasis– su articulado declamando en el *inciso 8º de su Artículo 7º*: “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y [...] la utilización de las tecnologías informáticas que permitan [...] facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión [...] de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad”.

Y rematará en el párrafo final del mismo Artículo 7º la siguiente admonición: “Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden [...] los que servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente ley y como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables”. Pero al no prever la inclusión y desarrollo sistemático de mecanismos y resortes apropiados de actuación del derecho de participación que posibiliten vehicular una gestión abierta, éstos, en la cotidianeidad de la actuación concreta, se tornan ilusorios.

Buen ejemplo de ello lo constituye la cláusula de ronda de consultas y elaboración participada de pliegos de bases y condiciones. Así, su Artículo 88 establece como resorte exclusivo de la autoridad la facultad de convocar a una “etapa previa [...] para que los interesados formulen sugerencias y observaciones al pliego”, cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, ciertamente, a exclusivo criterio de la autoridad. Vale decir, la participación, en estos cánones, es entendida solo como un resorte, un recurso más del que cuenta el poder, mas no como un derecho exigible puesto que no conlleva ningún atributo operacional propio de los procedimientos y sistemas abiertos.

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinario, jurisprudencial y normativo, Buenos Aires, Ed. Jusbaire, 2016. En especial su Capítulo Primero, “Régimen de Compras de la CABA. Cuestiones Iniciales”, p. 17 en adelante.

Para comprobar esta aportación baste detenerse en la contracara de esta instancia abierta. Me refiero a lo dispuesto en el Artículo 83 sobre los recaudos de tramitación de las observaciones e impugnaciones.

Dispone la norma que “toda observación, impugnación, reclamo o presentación similar [...] debe ser tramitado conforme las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad”. Se restituye así a las formas clásicas de actuación del derecho administrativo tradicional en el cual tenemos que: 1º) se reconocerá solo un estrecho derecho a peticionar y recurrir, enmarcado dentro de los cánones del debido proceso adjetivo, el cual por ser anterior en su evolución –me refiero al derecho a peticionar como un estadio anterior a los derechos de participación y acceso– no será susceptible de contener a éstas nuevas formas abiertas de expresión; 2º) que como corolario de lo anterior cualquier pretensión impugnatoria solo podrá ser deducida por quien encuadre dentro de las estrechas categorías de legitimación procesal clásicas afincadas en el ideario del derecho subjetivo pero muy difícilmente resultará formalmente admitido quien invoque intereses o derechos colectivos; y, finalmente, 3º) la participación, si bien es declamada como principio y como derecho, al no encontrarse entrelazada con efectividad y vinculatoriedad a los procedimientos de formación de la voluntad estatal, no se encuentra por ende erigida como un atributo o exigencia de los debidos procedimientos previos, esenciales y sustanciales previstos en la norma ni tampoco integrada a las formas esenciales de validez del contrato administrativo.

Se verifica la contradicción apuntada en la cual la participación se declama pero no se entrelaza ni como derecho, ni como instancia previa, obligatoria, efectiva, ni mucho menos vinculante ni tampoco bajo cariz o apariencia instrumental dentro de los procedimientos ni de formación ni de ejecución contractual.

Baste, asimismo, con reparar en que el así denominado “criterio rector” del sistema de contrataciones de la Ciudad, tal como reza el Artículo 16, propicia un sistema cerrado, sin ningún atributo participativo, dado que es explícito al reconocer que se “organiza en función de los criterios de centralización normativa y descentralización operativa” basado en las exclusivas ratios “de economía y eficiencia” pero sin ninguna mención al principio de participación, todo lo cual implica, como abiertamente se reconoce en su Artículo 17, que el sistema “estará integrado por un Órgano Rector y Unidades Operativas de Adquisiciones”, vale decir, mediante el tradicional mecanismo de organización administrativa cerrado propio y coherente con los cánones del derecho administrativo clásico para el cual la idea de participación resulta contraria a sus objetos, técnicas y finalidades de actuación.

A este énfasis constitucional porteño inicial, acaso exaltado de participación y vecinalismo, no le sucedió un ordenamiento administrativo particular susceptible de contener sostenidamente aquella efervescencia pluralista que, acaso, solo haya logrado reinar fugazmente en los primeros articulados de sus normas fundantes plasmándose en las consabidas fórmulas tratadas que luego resultaron acalladas bajo la métrica del mismo ordenamiento administrativo anterior, de cuño tradicional y clásico, consabido y consolidado en el nivel federal y de fuerte arraigo institucional pero que, acaso, poco o nada tenga que ver con la nueva racionalidad aspirada por las Convenciones Internacionales contra la Corrupción.

III.3. Ética pública

Dentro del contexto apuntado se desarrolló el denominado Código de Ética en la Función Pública aprobado por Decreto N° 41/1999, luego la Ley N° 25.188 de 1999 sobre Ética en el ejercicio de la función pública y su modificatoria, la Ley N° 26.857 en orden al régimen de declaraciones juradas. Constituyeron un reflejo tangible de este hito fundacional y la matriz de estas normas se encuentra también atravesada –tal como acaso reconoce el propio Artículo 1° de la ley– por un decálogo de conducta y deberes unido a un conjunto de prohibiciones, incompatibilidades y conflictos de intereses, ora de tinte sancionatorio, ora de índole penal, con un sistema de monitoreo formal asentado en su régimen de declaraciones juradas y de tratamiento de obsequios a funcionarios públicos. Si bien excede en mucho a este trabajo adentrarnos en un análisis exhaustivo, dado que además se cuenta con una muy vasta producción doctrinaria entre las elaboraciones de especialistas y los documentos de consultoría, lo cierto es que este conglomerado normativo desarrollado arroja un saldo positivo en términos de transparencia y difusión a la opinión pública de la evolución patrimonial de buena parte del funcionariado. Ello es un notorio avance. Se ha ganado en transparencia. Pero aún queda mucho por hacer.

Aún no es posible hablar de un sistema legal de ética pública porque no se encuentra interrelacionado con el régimen de la función pública, porque desde lo subjetivo tampoco se prevén mecanismos participativos por intermedio de los cuales se reconozca a la ciudadanía resortes procedimentales para lograr el efectivo cumplimiento en tiempo real de los deberes, prohibiciones y sanciones contenidos en estas normas. Y desde lo objetivo, el régimen de ética pública no se encuentra interrelacionado con los sistemas de gestión pública y control.

Un ejemplo grafica lo expuesto y se aprecia en su total extensión en el carácter genérico, reiterativo o acaso algo tautológico o superfluo que se advierte en algunos de los nueve deberes y pautas de comportamiento ético contenidos en el Artículo 2° de la ley, agravado por la ulterior falta de desarrollo de previsiones concretas a lo largo de su articulado por intermedio de las cuales se pudiere haber enriquecido a las normas troncales a las cuales apuntan tales deberes. Veamos brevemente algunos supuestos. Su inciso a), que establece el siguiente deber ético: “Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno”. O su inciso b), que casi reiterando lo dicho en su anterior, pero utilizando otras expresiones, profiere la manda de: “Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana”. También podríamos citar su inciso h), al mandar “Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad”. ¿Es que acaso esto mismo no se ordena ya en el texto constitucional, en las normas troncales de organización y funcionamiento o en los propios reglamentos de contrataciones administrativas?

Quien esto lea advertirá que tales mandatos generales se encuentran largamente especificados en previsiones cardinales de orden superior y de derecho positivo general y especial por resultar principios fundamentales sobre los que se ha edificado el Estado moderno desde la Revolución Francesa a esta parte. Quiero decir sin ambages que se trata de previsiones innecesarias.

Es que una crítica que todos compartimos y por la que muchos descreen de estas normas se asienta en el siguiente señalamiento. El valor agregado de una norma de estas características no se determina por la reiteración de consabidos principios y valores sino por la contribución instrumental que pueda aportar mediante el desarrollo de instituciones, técnicas, categorías, mecanismos o resortes –sean procesales, institucionales, mecánicos o tecnológicos– por intermedio de los cuales se permitan accionar tales resortes efectivos que debiera proveer la ley –sea de oficio o a petición de partes o mediante herramientas participativas– frente al caso concreto para así satisfacer las ratios de tales altos anhelos, en cada situación institucional concreta en la que se verifiquen desvíos o para preverlos. Todos sabemos que es innecesario reiterar un gran principio si no concretamos una aportación técnica que consista en un avance concreto en cada uno de los sistemas de gestión.

La utilidad de una norma de éstas se mide por la modernización y optimización concreta que pueda operar sobre los procedimientos de fondo que fungen como reales facilitadores de corrupción. También sobre el fortalecimiento institucional que permita un mayor incremento tanto de los mecanismos de control efectivo en tiempo real de los organismos de control o mediante el fortalecimiento del control por oposición y la independencia de criterio de los órganos intervinientes en las “cadenas de firmas” orientados a robustecer un casi inexistente ambiente o entorno de control o un empoderamiento ciudadano efectivo exteriorizado en mecanismos de participación reales y tangibles. La norma, más que declamar consabidos principios, debiera incorporar modernos mecanismos y resortes que desarrollen garantías que posibiliten a sus destinatarios, la sociedad civil, operarlas sin cortapisas para, en tiempo real, obstruir la corrupción.

Fácil es advertir que estas normas no poseen virtualidad ni para impactar, ni para modernizar y menos aún para corregir o modificar a aquellas normas troncales administrativas que facilitan la corrupción, tales como los reglamentos de contrataciones, las normas de gestión y administración financiera o el procedimiento administrativo, todas ellas asentadas sobre una notoria e injustificada –según los cánones actuales– estrechez del control efectivo, una pervivencia de zonas de reservas arropadas dentro de los dogmatismos de una discrecionalidad mal entendida en la que se erigen cuasi omnímodas potestades e incausados privilegios estatales o las cortapisas a la efectividad del control judicial.

Merece destacarse, entre otros desarrollos contemporáneos, el régimen de ética pública que, si bien cercano en el tiempo y afín a la promoción de la transparencia e interdicción de la corrupción, no alcanzó jerarquía legal o trasuntó parciales reconocimientos reglamentarios con errática efectividad, como el caso del Decreto N° 229/2000, creador del programa “Carta Compromiso con el Ciudadano”, o el esperanzador Decreto N° 1.172/2003, mediante el que se desarrolló un colectivo de “reglamentos generales” para audiencias públicas, publicidad de la gestión de intereses, elaboración participativa de normas, acceso a la información y reuniones abiertas. Con independencia de la dispar valoración que mereció la cuestionada eficacia de tales instrumentos, cierto es que conformaron un paso adelante porque comenzaron progresivamente a merecer la atención de las agendas gubernamentales, al tiempo que trasuntaban frutos incipientes de un activismo e impulso de larga data de organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil.

III.4. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Fue así que en 2003 se llegó a una nueva instancia de solidificación de esta arquitectura de la transparencia por intermedio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, internalizada en 2006 mediante la Ley N° 26.097. El instrumento constituyó un muy significativo avance por su complementariedad, profundidad y especificidad de sus previsiones; amplió el ámbito de normación y, en ese orden, estableció nuevas conexiones que ya se advertían trazadas en su preámbulo, al reconocer “vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular, la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero”, todo lo cual ampliará los confines de ésta cuestión al conectar de manera indisoluble al estudio de la materia anticorrupción las cuestiones atinentes al lavado de dinero, por lo cual, hoy, todo abordaje integral de la materia anticorrupción ha de incluir los términos, técnicas y categorías de prevención de lavado de activos.

Se verifican al menos dos grandes directrices normativas que atraviesan a todo el articulado de la Convención como mecanismos idóneos destinados a transparentar la gestión: la participación y la objetividad. Por la primera se propicia la implementación de mecanismos que posibiliten el desarrollo de los derechos de participación entendidos como fuente de legitimidad subjetiva de las decisiones estatales. La segunda postula el desarrollo de criterios objetivos de adopción de decisiones en estatales como base de legitimidad de los procedimientos administrativos.

Respecto de la participación tenemos que el Artículo 1° de la Convención es de importancia porque conecta especialmente con la ya mencionada previsión de desarrollo de mecanismos efectivos de participación ciudadana para la prevención de actos de corrupción, prevista en el párrafo 11 del Artículo 3° de la anterior. Nótese que establece en su inciso b, como finalidad, la de “promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

Esta fórmula se contiene en el Artículo 5°, párrafo primero, sobre políticas y prácticas de prevención de la corrupción, al establecer: “Cada Estado Parte [...] formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”.

Y en su Artículo 10, relativo a información pública, reafirmará este cariz participativo que atraviesa a toda la Convención, al prever, en su inciso b), la manda de simplificación de los procedimientos administrativos orientada a “facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones”. Sin duda pareciera propiciar que la legitimidad de las decisiones de gestión pública actual debe afincarse en prácticas participativas mediante las cuales se desarrolle un nivel adecuado de integración de los particulares.

Y luego se desarrolla en su Artículo 13, “participación de la sociedad”, destacándose la apertura y especificación normativa orientada a exigir a los Estados la adopción de medidas adecuadas para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción.

La norma especifica tres elementos de importancia: primero, que la participación ha de abrirse a las personas y a todos los efectores de la sociedad; segundo, que ésta participación ha de ser “activa”, lo cual pareciera indicar que debiera resultar investida de algún atributo vinculante. Ello es de importancia porque uno de los grandes déficits operativos de los mecanismos de participación en nuestro país es su ausencia de virtualidad y vinculatoriedad. Tercero, que esa participación abierta y activa ha de orientarse a la prevención. Es decir, ha de ser oportuna, ejercida en tiempo real mediante un ejercicio concomitante o previo de tales mecanismos de participación y acceso. De allí que requiera, a renglón seguido, “promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones”.

En este marco, bajo tal impronta, podría afirmarse sin hesitar que el reconocimiento de los derechos de participación y acceso conforma una razonable contracara de la obligación de rendición de cuentas. Esto es importante porque posibilitaría incrementar el involucramiento de la sociedad civil en la faz preventiva, si bien no puede soslayarse que mientras persistan en el ordenamiento administrativo particular los tradicionales resortes cerrados de actuación y control propios de la organización administrativa clásica, la efectividad de estos mecanismos sería cuanto menos dudosa.

Con relación a la objetividad que la Convención exige plasmar en los procedimientos se encuentran dos previsiones principales: el Artículo 7° sobre sector público y el Artículo 9° sobre contratación pública. Así, el primero, en lo atinente a los procedimientos de selección y promoción por concurso en el empleo y la función pública, recomienda la previsión de criterios objetivos, “como el mérito, la equidad y la aptitud”, como parámetros rectores eficientes de selección. Y en el segundo, relativo a los procedimientos de contratación pública, contendrá una previsión similar por la cual se entenderá que un procedimiento licitatorio no comportará el estándar de “sistema apropiado” y “transparente” si no está basado en “criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”, entendidos como “criterios objetivos y predeterminados [...] a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas”. Vale decir, la norma apunta de manera indudable a la reducción de la discrecionalidad por intermedio del desarrollo de fórmulas o metodologías de ponderación que consulten la mayor certeza posible para interdicar los frecuentes voluntarismos generadores de decisiones arbitrarias.

III.4.1. La Convención de Naciones Unidas, el desarrollo normativo contra el Lavado de dinero y su vinculación con las prácticas de Buen Gobierno Corporativo

Quiero ahora destacar otra conexión que ha dejado establecida la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y se trata del Lavado de dinero, como lógica contracara de los delitos de corrupción orientado a legitimar el producido del delito. Corresponde decir que sin duda alguna los términos de la Ley N° 25.246 y el sistema que ha comenzado a desarrollarse a partir de sus previsiones, la actuación de la Unidad de Información Financiera con más el ejercicio de las potestades regulatorias de los organismos vinculados al sistema, constituyen fuente de producción, aplicación y análisis en materia anticorrupción. En síntesis, la importancia de la apuntada Convención de Naciones Unidas en el impulso del combate a la corrupción es, cuanto menos, indiscutida.

En ese orden es necesario advertir otro orden de conexiones profundamente vinculadas con las mencionadas y se relacionan con el reconocimiento contenido en el preámbulo de la Convención de ONU “de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción”. Entre otras conexiones, propició jerarquizar las cuestiones atinentes al llamado Buen Gobierno Corporativo que venían discurriendo en paralelo y que, a partir de entonces, se las incorporará a esta temática.

Conviene recordar que en 1999 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) formuló el decálogo de Principios de Gobierno Corporativo y será en 2003, con la Convención Anticorrupción de Naciones Unidas, que se propondrá unificar estas cuestiones propiciando ahora brindar una especial mirada de cuidado al sector privado corporativo permitiendo jerarquizar e interconectar a las cuestiones que aquí se analizan los principios y reglas del “buen gobierno corporativo” en aras de un intento de fortalecimiento de un entorno o ambiente de control preventivo anticorrupción de carácter transversal público y privado.

El creciente interés e interdependencia entre el abordaje público en materia de transparencia e interdicción de la corrupción y la problemática del gobierno corporativo se exteriorizó en una considerable cantidad de documentos y en numerosas redes informales, formales y transnacionales existentes en la materia. A modo ejemplificativo y no limitativo, entre varias normas y documentos, puede reconocerse el Decreto N° 677/2001 por el que se aprobó el Régimen de Transparencia de la Oferta Pública o los documentos de trabajo y reglamentaciones de la Comisión Nacional de Valores, como el caso del denominado “Código de Gobierno Societario”, aprobado por Resolución General CNV N° 516/2007, o los “Principios de Buen Gobierno Corporativo y recomendaciones de mejores prácticas” y los documentos y regulaciones emitidas por el Merval, entre las que se destaca la adopción del Código de Gobierno Societario aprobado por reunión de Directorio del 20 de mayo de 2014, el cual –tal como ilustra el documento– fue previsto como “un cuerpo documental dinámico de revisión periódica y oportuna actualización que compendia la manera en la que el Directorio y la Gerencia del Merval dirigen sus actividades y negocios”. Debe tenerse presente que todo este plexo normativo y documental se encuentra conectado asimismo con el sistema que se desarrolla a partir de la Ley N° 25.246 sobre lavado de activos. La producción en esta materia es igual de profusa y nos excede en mucho un tratamiento exhaustivo.

III.5. Derecho de acceso a la información

Así llegamos al especial y muy esperado hito del año 2016 afincado en el dictado de la Ley N° 27.275 sobre Derecho de Acceso a la Información Pública. Una asignatura pendiente en el nivel federal y largamente reclamada por todos los sectores como herramienta de ejercicio de los derechos de acceso y participación en la gestión pública, cuyo Artículo 1° comporta de por sí un avance muy significativo en la especificación de los alcances de los principios de publicidad y transparencia cuyos contornos resultan delimitados y tutelados con un mayor grado de detalle en el que resulta de importancia destacar la presunción de

publicidad abarcativa como principio general a toda la información administrada por el Estado o el así denominado principio *in dubio pro petitor*, mediante el cual se propicia la mayor vigencia y alcance del derecho a la información, con más varios otros que si bien frente a una primera lectura se podrán criticar como redundantes no se nos escapa que, aún así, resultan de extrema utilidad.

Digo esto porque toda especificación de derechos y principios en el texto legal contribuye –en sistemas como el nuestro, tan propensos a priorizar la excepción y el intersticio como punto de fuga– a intentar disipar toda duda, especificar alcances y contribuir a afianzar una voluntad institucional orientada a procurar–o al menos intentar–la progresiva erradicación del inveterado sigilo y oscuridad que ha constituido desde siempre un territorio fértil a la corrupción. En ese orden, otra de las previsiones remarcables de la ley se afincan en la regla de *transparencia activa* prevista en el Artículo 32 en adelante, mediante el cual se establece el deber estatal de administrar sitios de internet organizados “de manera clara, estructurada y entendible”, que resulten de fácil acceso.

Para el nivel federal se está en presencia de una norma, acaso, inaugural en materia de derechos de acceso, si bien, para ese entonces, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se contaba ya con la Ley N° 104 que desde los albores autonómicos estableció un muy importante antecedente normativo como reglamentación del principio general de publicidad de los actos de Gobierno contenido en el Artículo 1° de la Constitución porteña, afincado en una arquitectura local para la cual se postuló ya desde su génesis el rechazo de intersticios de secretismos gubernamentales. Si bien todo análisis referente al principio de publicidad de los actos de gobierno excede el objeto de este trabajo, baste con recrear esta línea directriz en un todo compatible con el espíritu de la norma federal de acceso. Por virtud de este principio el marco cognitivo de los actos de los poderes públicos no se limita a la toma de conocimiento de un acto una vez dictado, sino que comprende el derecho a compulsar, con anterioridad a su dictado, la totalidad de los antecedentes que motiven cada decisión pública.

Y es este cariz el que preside el Artículo 1° de la Ley N° 104 –antecedente de la ley federal–, al reconocer el derecho de las personas a solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, tanto de cualquier órgano perteneciente a los tres poderes, cuanto a las entidades en que la Ciudad tenga participación. Lo expuesto encuentra sustento en el texto de la Ley N° 104, que considera en su Artículo 2° como información cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales; y acuerda –en su Artículo 8°– la acción de amparo como medio judicial de tutela efectiva. Cuadra asimismo advertir la conexión existente entre lo dicho y lo dispuesto en el Artículo 53 de la Constitución porteña al establecer en su parte final que todos los actos que impliquen administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción⁹.

⁹ Ampliar en: Dalla Vía, Alberto y Basterra, Marcela, *Hábeas data y otras garantías constitucionales*, Ed. Némesis, 1999 y Alberto Dalla Vía, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Y en mi anterior trabajo antes citado: Damsky, Isaac Augusto, “La jerarquización constitucional del control...”, p. 297.

IV. El abordaje del ordenamiento administrativo particular como asignatura pendiente

En el punto anterior he procurado pasar revista a los lineamientos generales de desarrollo normativo anticorrupción en las últimas dos décadas bajo el denominador común que alienta este trabajo: señalar su insuficiencia y la consecuente necesidad de impactar al ordenamiento particular. Porque difícilmente logremos mayores avances en la prevención de las prácticas corruptas en el Estado si no se acomete un decidido trabajo de transformación concreta del ordenamiento administrativo particular. Me refiero a aquellas técnicas y normas mediante las cuales se opera la organización y funcionamiento de la Administración pública. De poco sirven grandes declamaciones de principios generales insertos en otras grandes normas, si ellas no operan ni se integran, en concreto, al sistema de derecho al cual están destinadas. Si no se opera una transformación dentro del sistema que posibilite una real reconfiguración a éstas declamadas nuevas racionalidades, se corre el riesgo de que nada cambie. Deben propiciarse necesarias modificaciones normativas sobre las concretas técnicas que fungen de verdaderos incentivos a la corrupción y la arbitrariedad. Digo esto porque el actual estado de la cuestión nos marca un largo derrotero por delante. Queda al descubierto la insuficiencia de estos instrumentos anticorrupción tratados porque, en su actual estado de desarrollo, al no operar ni impactar sobre el ordenamiento singular, su efectividad se ve notoriamente reducida. No conforman de por sí herramientas efectivas de interdicción real de la corrupción.

Más allá de todo el desarrollo alcanzado, lo cierto es que el remedio contra la corrupción debe administrarse al propio sistema, mediante la reconfiguración y resignificación de aquellas técnicas de actuación administrativa previstas en las normas que son las que permiten, fomentan o alientan a la corrupción. Varias voces se han alzado en nuestra doctrina argentina y quizás la más calificada en el pasado reciente sea el análisis realizado por el Gran Profesor argentino Héctor Mairal, en especial, inscripto dentro de la cosmovisión desde siempre sostenida genialmente por el Gran Profesor Agustín Gordillo. Si bien mi limitaré a pasar revista a los postulados generales que enmarcan esta cuestión, corresponde remitir a los muy destacados trabajos de estos Maestros del derecho argentino contemporáneo, quienes con lucidez intelectual única nos han presentado con total claridad el problema al que apuntamos¹⁰.

¹⁰ Ampliar en: Mairal, Héctor, *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007 y, del mismo autor: “¿Uno o dos derechos administrativos?”, *LL*, Buenos Aires, Suplemento Extraordinario 75 Aniversario, p. 1 en adelante. Se incluye asimismo lo dicho por el Gran Profesor Alberto Bianchi en su obra y, especialmente, en: “Declinación y caída del control judicial de la Administración pública”, en *LL*, Buenos Aires, Suplemento Extraordinario 75 Aniversario, p. 9 en adelante. Y de manera especial me remito a las enseñanzas vertidas por el Gran Profesor Agustín Gordillo en todo su *Tratado de Derecho Administrativo* y, especialmente, al menos, en las siguientes pasajes esenciales de su obra: “El procedimiento administrativo en la práctica” y “Problemas de acceso a la Justicia” (Capítulo X, Tomo II, *Tratado...*), “El tiempo en el procedimiento” (Capítulo VIII, Tomo IV, *Tratado...*), “La Administración paralela” (incluido como Libro II del actual Tomo VI, *Tratado...*).

Como un secreto a voces del círculo áulico y con prescindencia del signo gobernante, el sistema de poder suele operar al derecho público como un oscuro instrumento facilitador de prácticas corruptas, las cuales son ejercidas mediante la silenciosa sustitución o alternancia de tenebrosas plutocracias. Éstas, dejan, como saldo, una funesta tríada tenebrosa que encontrará, en un vértice superior, a plutócratas enriquecidos, protegidos y legitimados por el sistema y, en los vértices inferiores, en un ángulo, a ingentes masas de personas simples, sistemáticamente dañadas, consuetudinariamente desprotegidas y, de ordinario, confundidas por un sistema que paradójicamente declama protegerlas y, en el otro, a las arcas fiscales un poco más raquílicas, un sistema rentístico vulnerado y un aparato burocrático abusado y servil que, hincado de rodillas, aprendió a callar y, casi como por azar, logrará de tanto en cuando –frente a algunos pocos casos singulares– cumplir aquella máxima aristotélica de realizar el mandato de justicia dando a cada uno lo suyo, o lo que puede. Así, en la base, el sistema encuentra, cada tanto, su reordenación, un punto de equilibrio a partir del cual intentar volver hacia una renovada ilusión de intentar la consagración ascendente de las erosionadas virtudes republicanas. El sistema legal queda entonces reducido a una caja de herramientas. Sus técnicas de actuación son únicamente meros instrumentos de acometimiento o perpetración de alguna maniobra.

Por eso, en lo que nos ocupa e interesa, bien vale la pena detenernos en sus modos de utilización y algunos métodos de funcionamiento al servicio de la legitimación del poder, que entiende al favor o a la concesión graciosa como un acto de justicia y, al derecho, como supresión de tal y, su sustitución, por un dogma vacío arropado de retrógrada doctrina restrictiva de las libertades¹¹. El clarividente círculo áulico tiene bien en claro la acabada efectividad y vigencia de aquel silencioso *broccardo* forense que proclama “para los amigos, justicia; para el público, doctrina”. Sé que al lector atento no le será difícil recrear algunas experiencias y ejemplos que permiten verificar los siete órdenes de cuestiones que serán planteadas muy brevemente en ésta aportación. Por ello seguidamente me abocaré a la presentación, casi como un errático listado inconcluso, de algunas de las técnicas o herramientas que permean, facilitan o hacen de nuestro sistema legal un instrumento de legitimación del poder administrador de turno.

En las normas de derecho público argentino se contienen numerosas provisiones facilitadoras de prácticas de corrupción. Si bien su tratamiento exhaustivo excede en mucho a los propósitos de este breve trabajo, puesto que ya ha sido muy largamente tratado por los autores citados, a continuación me propondré identificar algunas técnicas más caras a estas prácticas.

Preliminarmente hay un elemento central que afecta a todo el sistema normativo rector de la organización y funcionamiento de la Administración pública y se determina por un método normativo francamente contradictorio. La norma prevé un deber general que luego desdice en las provisiones específicas. Se consagra una obligación, se reconoce un

¹¹ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La participación ciudadana como un derecho. Sus interrogantes en la contratación administrativa de la Ciudad de Buenos Aires”, en AA. VV., *Cuestiones estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena Administración y derechos individuales*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2018, pp. 215 y sigs.

gran principio general (siempre de manera “abierta”, genérica y ambigua), pero luego se lo erosiona, restringe, limita, condiciona y hasta suprime en las normas especiales. Se dice algo para luego desdecirlo. Innumerables ejemplos—algunos ya presentados en este trabajo—nutren los estantes normativos. Veremos azarosamente algunos otros casos.

En primer lugar, tenemos el limitado alcance del control judicial sobre la actuación de la Administración pública. A pesar de que la reforma constitucional de 1994, al brindar operatividad plena al sistema internacional de derechos humanos, reconoció la regla de la “tutela judicial efectiva” traducida en muchos códigos procesales (contencioso) administrativos, posibilitando el más amplio control sobre un muy amplio espectro de la actividad estatal, continúan imperando los antiguos criterios interpretativos que postulan un control muy restrictivo enmarcado dentro de normas de procedimiento administrativo que obedecen a concepciones anteriores de cuño procesal-privatista—bilateral y contradictorio pero con matices inquisitivos—en las que no se reconocían ni categorías abiertas de legitimación, ni mecanismos de apertura y transparencia afinados en la actual tríada iniciada en los derechos de petición —sí receptados en las normas tradicionales de procedimientos administrativos— y en progresiva —aunque no menos problemática y asimétrica— expansión hacia los derechos de participación y acceso¹².

Es decir, la concepción tradicional del procedimiento administrativo en cuyo marco se estructuró o interconectó, según la jurisdicción, el control judicial, se apoya sobre un sistema de control ciertamente limitado a aspectos formales pero sin reconocerse la posibilidad de que los jueces puedan ingresar en el análisis de todos los aspectos que debieran nutrir a la decisión estatal, como ser el conocimiento circunstanciado de las razones que motivaron a resolver en uno u otro sentido. Múltiples criterios restrictivos imperan, como ser la postulación de una “zona de reserva de la administración” —que se renueva arropándose bajo distintas formulaciones—, entendida como un límite que impide a los jueces el conocimiento pleno de sus actos, con la excusa de evitar la invasión de poderes, al sostenerse que si se permite al juez conocer en profundidad la actividad administrativa se estaría facilitando que éste sustituya al poder administrador, es decir, que lo invada. El criterio restrictivo se impuso en los últimos años mediante, por ejemplo, el dictado de la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado, por la cual se establecieron normativamente una cantidad tan importante de requisitos que prácticamente impiden en los hechos a un juez brindar tutela efectiva en tiempo real. Por esto, luchar contra la corrupción es luchar por una mayor independencia del Poder Judicial para ampliar sus técnicas de control sobre la Administración pública, mediante la efectivización de la regla de la “tutela judicial efectiva”.

En segundo término, unido a lo anterior, tenemos el problema del control del ejercicio de la llamada “potestad discrecional” de la Administración, tradicionalmente entendida como un ámbito que posee el funcionario público para ejercer una libre elección entre opciones igualmente válidas cuando el sistema legal se lo permite. Tradicionalmente se

¹² Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La transformación del procedimiento administrativo”, en *Derecho Administrativo*, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica N° 105 – mayo/junio 2016, pp. 521 y sigs.

sostuvo que el juez no podía ingresar al juzgamiento de las razones que inducen a resolver en uno u otro sentido ni tampoco a los elementos técnicos o no jurídicos de la decisión. Se crea un área exenta de control en la cual la voluntad del funcionario adquiere una soberanía casi absoluta y que casi siempre estas potestades se vinculan con los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas.

Es decir, desde siempre se postuló que el control de discrecionalidad es acotado, limitado a los elementos meramente formales pero solo ocasionalmente al fondo de la decisión, ni mucho menos al análisis de las razones concretas que debieran motivarla. La experiencia nos indica que rara vez la discrecionalidad es objeto de indagación judicial, en concreto, en el marco de un proceso. Para ejemplificar lo dicho: las posiciones doctrinarias y los criterios interpretativos aceptados autorizan al juez a determinar si una resolución tiene o no una justificación formal o mínima, pero rara vez se le reconoce plena potestad para investigar en plenitud o analizar la veracidad, certeza o falsedad de las justificaciones que se invocan en esta clase de decisiones. La casuística es elocuente. Perviven los criterios restrictivos de revisión, pervive aunque se lo niegue la doctrina de la “zona de reserva de la administración” y, en todo ello, pervive la reducción del rol del juez a un mero revisor de las formalidades externas de una decisión estatal pero manteniendo una limitación importante a la revisión “del fondo” de las cuestiones. El juez no puede, salvo casos extremos, revisar ni el contenido concreto ni la real justificación de las decisiones del Estado.

En tercer lugar, el limitado alcance del control judicial sobre los requisitos de validez de toda decisión o resolución administrativa, es decir, la que dicta un funcionario público. Sabido es que todo acto administrativo debe reunir una serie de requisitos esenciales enumerados por la ley. Pero paradójicamente luego contempla genéricas previsiones que operan como “punto de fuga”, reafirmando sibilinas interpretaciones. Se los “desinterpreta”, se los relativiza y se restringe el alcance o profundidad de las facultades del juez para evaluar si se reúnen o no.

En lo que nos importa, la ley dice que toda resolución administrativa debe: primero, respaldarse en los antecedentes de hecho que sirven de base a su dictado. Es decir, que no puede haber resolución válida que no sea una razonada derivación de las constancias probatorias documentadas en un expediente administrativo. Esto significa que no es válida una decisión librada al mero arbitrio del funcionario. Segundo, toda decisión debe ser motivada. Es decir, deben decirse cuáles son los concretos fundamentos que sirven de base a su dictado. Tercero, se imposibilita la persecución de fines encubiertos o de finalidades distintas a las previstas en la norma. Y se garantiza la proporcionalidad, es decir, que exista adecuación entre los hechos del caso, los medios adoptados y los fines perseguidos. La pregunta del lector de buena fe será: ¿cómo se produce el punto de fuga que posibilita el incumplimiento del mandato legal? Mediante la relativización de esas normas porque sus previsiones pecan de una formulación de requisitos de carácter genérico y muchas veces ambiguos en lugar de honrar al mandato de especificación. Es decir, si bien se establecen los requisitos, se los redacta de forma no específica. Se agrega que tales previsiones luego resultan morigeradas por otros tantos ordenamientos administrativos especiales o, algunas veces, lisa y llanamente completadas para el caso concreto.

El ordenamiento debiera ganar sistematicidad en términos generales –para evitar los puntos de fuga contenidos en la propia ley o en otras especiales– y sus previsiones deben especificar el alcance de sus mandatos.

En cuarto término, un peligroso instituto bicéfalo orientado a legitimar las más funestas decisiones; la “presunción de legitimidad” y la fuerza ejecutoria propia o “ejecutoriedad propia” de las decisiones estatales. Esto significa que toda decisión estatal dictada que reúna formalidades externas se encuentra protegida por una presunción legal de validez. El derecho las presume válidas hasta tanto se demuestre fehacientemente lo contrario. Coherente con ello le autoriza al Estado a poner en ejecución por sí y ante sí (sin auxilio de ningún juez sino con su solo poder coercitivo) la decisión dictada. No importa si la decisión es injusta, si fue impugnada con argumentos valederos; hasta que un juez no la anule por sentencia definitiva después de un largo proceso que insume décadas o hasta que no la suspenda por dictado de medida cautelar, la decisión –por injusta que sea– se presume legítima.

En quinto lugar, la inexistencia de un deber concreto de resolver. Sabido es que la ley promueve –o al menos no desalienta– el silencio administrativo permeando, en alguna medida, al no tratamiento de las pretensiones y recursos. Si bien, por un lado, prevé la obligación de la Administración pública de resolver toda petición dentro del plazo razonable, por el otro, se reconoce un funesto instituto que se denomina “denegatoria ficta” prevista en el instituto del “silencio administrativo”. Es decir, el supuesto derecho de los particulares a calificar como denegatoria una petición que no se resuelva, para así supuestamente facilitar el acceso al control judicial. Lo cierto es que la norma, aquí también, opera de manera inversa a la declamada. El ordenamiento concede una tácita autorización legal a favor de la Administración para evitar resolver, o resolver solo cuándo el funcionario disponga o exigirle a un ciudadano el enorme dispendio de tener que acudir a un juez para pedir una orden judicial de pronto despacho en el marco de una acción de “amparo por mora”. Los tiempos juegan siempre a favor del funcionario, quien dispone de innumerables resortes para legitimar su decisión de no resolver¹³.

En Francia, muy recientemente, se dio un paso adelante en el desarrollo del instituto inverso: el “silencio positivo” previsto con carácter general. Es decir, con carácter general, se prevé que si el Estado no resuelve un pedido dentro de un plazo se opera la “presunción legal” de aceptación del Estado respecto de la petición del particular. Se enerva así la práctica del “cajoneo”. El funcionario ya no es más impunemente dueño de los tiempos.

En sexto lugar, muy brevemente lo presentaré, tenemos la enorme desigualdad entre el Estado y los particulares para accionar judicialmente. Cuando el particular quiere impugnar

¹³ Me remito a: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en AA. VV, *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, p. 527 en adelante.

judicialmente una decisión ilegítima o quiere reclamar por omisiones o por cesación de comportamientos materiales lesivos (llamadas “vías de hecho”: cuando el Estado directamente prescinde de dictar una resolución y arremete “manu militari”) tiene que atravesar por un complejo entramado de reclamaciones y recursos presididos por brevísimos plazos de caducidad de su derecho.

Es decir, no impugnada una decisión dentro de tales muy escuetos plazos (15 días hábiles para recurrir en sede administrativa y luego, obtenida resolución –en el mejor de los casos–, 90 días hábiles para demandar judicialmente al Estado), el derecho del particular lisa y llanamente “fenece”, se muere.

En cambio, el Estado podrá en cualquier tiempo y lugar y sin ataduras de plazos revocar sus propios actos –sí, dejar sin efecto sus propias decisiones– y demandar judicialmente cuando discrecionalmente entienda que se reúnen condiciones que ameritan dejar sin efecto una decisión tomada por el mismo órgano o ente estatal.

En séptimo lugar tenemos a las omnímodas potestades estatales en materia de contratación y ejecución contractual administrativa. Es decir, los poderes del Estado para dirigir una licitación, proyectar sus términos y luego conducir la ejecución del objeto contratado, bien sean obras públicas, suministros o aprovisionamientos o el contrato que se quiera. El Estado tiene enormes poderes para hacer y deshacer un contrato y el contratista tiene obligación de someterse, salvo supuestos excepcionales de injusticia notoria que incluso en tal caso solo dan lugar a una indemnización írrita, casi simbólica, jamás acercada a la realidad de los perjuicios que se causan.

Estos consabidos poderes, en una rápida presentación, se identifican con las siguientes expresiones, todas ellas al amparo de su ejercicio en el sombrío manto de la llamada discrecionalidad: 1º) Potestades de revocación o extinción unilateral de un llamado a licitación o un contrato por genéricas razones de “interés público”; 2º) Potestad de interpretación unilateral de los alcances de las cláusulas de los pliegos de bases y condiciones de un contrato administrativo; 3º) Potestad de modificación unilateral del *quantum* de un contrato administrativo –el *ius variandi* contractual público–; 4º) Potestad de dirección, fiscalización y control que convergen en la tan temida potestad sancionatoria mediante la cual se autoriza al Estado a sancionar y, en muchos casos, aplicar directamente (por aquello de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de las decisiones) tales sanciones o descuentos, no obstante encontrarse impugnadas tales decisiones por su manifiesta ilegitimidad o irrazonabilidad. Dentro de esta prerrogativa se encuentra la sanción máxima: la potestad revocatoria unilateral por culpa del contratista. Por otra parte, también es necesario advertir sobre los espejismos que se contienen dentro de la dinámica propia del sistema licitatorio que muchas veces suele encontrarse reducido a una mera formalidad en la cual el poder real de configuración de necesidad, especificación del marco lógico a conformar ulterior pliego técnico, formación de precio, imposición y decisión no discurre en el seno de las reparticiones y autoridades públicas licitantes sino que son estructuradas por los reales efectores de poder¹⁴.

¹⁴ Me remito a: Damsky, Isaac Augusto, “*Excursus* sobre la forma en los contratos administrativos. Aproximación a algunas cuestiones ocultas”, *LL*, Suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011.

Estas previsiones brevemente enunciadas se encuentran contenidas en casi todos los marcos regulatorios de contrataciones administrativas (obras públicas y suministros son sus típicos ejemplos). En sí, no son negativas, lo negativo es una permisión genérica que se contiene en la norma general de procedimiento administrativo y que faculta a la Administración a lisa y llanamente no aplicar una penalización, mediante resolución fundada, cuando utilizando el prudente arbitrio de su “discrecionalidad” y sin invocación de razones concretas estime su inconveniencia. El Artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos es la llave que lo permite, al decir: “Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público”.

Siempre se dijo en nuestro país que un claro ejemplo por el cual se distingue el “contrato administrativo” del contrato de derecho privado se basa en este tipo de poderes del Estado que no serían válidos en el derecho privado por quebrantar la igualdad de las partes y el equilibrio de sus facultades y prestaciones. Se dijo siempre que ello nuestro país lo tomó del sistema continental europeo. Sin embargo, ello no es así. Estamos ante un gran mito argentino porque en nuestro país, progresivamente, se desarrollaron estas permisiones normativas que exceden en mucho en cuanto a sus contenidos, alcances y dureza de sus términos, a las previsiones del derecho europeo donde, paradójicamente, el ejercicio de algunas de estas previsiones configura no otra cosa que típicas conductas teñidas de exceso de poder o abuso de autoridad.

Múltiples ejemplos podríamos citar de normas administrativas que establecen permisiones o prohibiciones generales luego anuladas o restringidas en su alcance por normas especiales. La falta de coherencia y sistematicidad normativa es un claro incentivo o territorio fértil para la corrupción estatal. Lamentablemente nos excede en mucho la presentación pormenorizada de todas las técnicas legales y de todas las normas que generan inseguridad y ambigüedad jurídica para posibilitar el accionar arbitrario. Ni qué hablar de todos los criterios interpretativos de las normas. Baste esta presentación preliminar como una introducción que advierta al lector desprevenido acerca de la enorme inseguridad jurídica que pervive en nuestro país y cuyo cuño se remonta a varias décadas o centurias atrás.

Los siete órdenes de ejemplos, entre muchas otras situaciones detectables, muy brevemente enunciados, procuran fungir como un disparador que invite a pensar seriamente sobre las acciones concretas que es necesario desarrollar dentro del ordenamiento particular en orden a consolidar un instrumento útil de lucha contra la corrupción; desde una óptica realista y a partir del ordenamiento existente. Porque es imprescindible desarrollar políticas públicas y acciones legislativas de prevención para que el propio sistema, en tiempo real y por intermedio de sus mecanismos ordinarios, funja de herramienta útil para evitar los desvíos y perjuicios fiscales.

V. En síntesis

Acaso sea la corrupción producto de las más oscuras pulsiones humanas. Quizás corresponda indagar en las ciencias del alma las causales de los extravíos morales que

impulsan a acometer prácticas tan repudiadas puertas afuera y no menos codiciadas puertas adentro por la media de los humanos. Es probable que hablar de corrupción requiera primero hablar de la historia o de la génesis de las debilidades y desvíos humanos en cuya esencia se emperna la religión con la moral, la ética y, más cerca en el tiempo, con la psicología y la sociología. Quizás en la tensión entre la pulsión de la naturaleza y la represión de la cultura se encuentre la raíz de la contradicción normativa presentada en este trabajo en el cual he tratado de presentarla como una práctica que tiene como aliada principal al propio ordenamiento administrativo individual. Es decir, como natural consecuencia de una enorme cantidad de resortes normativos especiales e interpretativos, resortes ocultos y esparcidos en múltiples normas que operan como catalizadores o facilitadores de prácticas corruptas.

Digo que tales resortes están ocultos porque yacen o subyacen bajo la formulación de los grandes principios, declamaciones y reglas que ritualmente se contienen al inicio de toda norma administrativa. Sea la ley de procedimientos administrativos, las normas de contratación administrativa –obras públicas, suministros o servicios u otras–, los códigos procesales o en lo contencioso administrativo, la ley de administración financiera o la ley de organización y funcionamiento del aparato administrativo que sea, todas ellas tienen en común esta funesta “métrica”: principian con grandes invocaciones luego recortadas por oscuras previsiones que pasan inadvertidas a todo aquel que no haya sido iniciado en los secretos resortes y rituales del derecho público. Por eso, conviene, primero, conocer cómo opera el inveterado sistema legal administrativo argentino en cuyo seno yacen las raíces de corrupción que se encuentran a cubierto de indiscreciones profanas, para así, luego, posibilitarnos analizar la efectividad de aquellas otras previsiones existentes que coadyuven a intentar reordenar preventivamente el sistema frente a cada alerta de corrupción concreta.

VI. Invocación final

Para concluir, les diré que estoy persuadido que a la corrupción y a las normas que la fomentan se las combate con más derecho y no con más normas.

Y, que, como me resisto a creer y a sentir que ese anhelo de democracia, participación y deliberación que debieran iluminar nuestro paso *ex umbra in lux* al nuevo derecho público del siglo XXI quede reducido a un arrumbado catálogo de piadosas intenciones o condenado a la anomia definitiva e irrecuperable, es que remataré mis palabras exhortándoles a un debate abierto sobre las bases de legitimidad de un auténtico derecho administrativo dialógico que efectivamente concrete una lucha eficaz contra la corrupción, aventada de hipocresías y dogmas, y no una mera apariencia encorsetada tras un laberinto de espejismos.

Porque transformarlo a la altura de las justas exigencias de una sociedad democrática requiere ante todo una actitud crítica y reflexiva sobre nuestras sempiternas contradicciones jurídicas.

Presupone reconocer que muchas veces hablamos de los derechos pero los pensamos desde el poder; que clamamos por garantías pero yacemos genuflexos ante el becerro de oro de las prerrogativas; que ponderamos la tutela efectiva pero justificamos las cortapisas

procesales; que anhelamos espacios abiertos de democratización de las decisiones pero cohabitamos en confortables zonas de reserva a la sombra del sigilo y opacidad; que bregamos por transparencia y la publicidad pero olvidamos que numerosas desinterpretaciones del derecho público alimentan denodadamente a la corrupción; que declamamos el imperio de las formas esenciales al tiempo que eludimos la discusión de fondo soslayando las sustancias y, finalmente, postulamos magnánimas formulaciones de nuevos principios jurídicos fragmentariamente extrapolados al son o al dancón de una *malinchista* extranjería al tiempo que seguimos confinando al arcón de los olvidos a aquella dulce policromía de autenticidad con la que allá a lo lejos se alumbró y arrulló a nuestro originario derecho público nacional.

Terminaré entonces parafraseando esa bellísima provocación del célebre médico judío austro americano Wilhelm Reich, discípulo de Freud, contenida en su poema de 1948, “Listen, Little Man”, y junto con él les diremos a modo de exhortación final: “Tú no eres el ‘pueblo’, hombre pequeño. Tú eres quien desprecia al pueblo, pues no administras su justicia, sino tu carrera [...]. Yo respeto al pueblo cuando me expongo al gran peligro de decirle la verdad [...] Tu amor cristiano, tu socialismo y tu Constitución americana son lo que haces a diario, cómo piensas a toda hora, cómo abrazas a tu compañero de vida y cómo vives a tu niño, cómo consideras tu responsabilidad social y cómo evitas llegar a ser como el opresor de la vida a quien odias”. Que así sea.

BREVE PANORAMA DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

I. Introducción

El creciente interés universalmente despertado por la promoción y prevención del medio ambiente que encuentra a los europeos y asiáticos pujando por la cabeza del desarrollo de las energías limpias¹ –desde algunas décadas atrás– ciertamente finca en la generalizada percepción de sus aptitudes para ser consideradas el paradigma de la sustentabilidad energética global, de suerte que se las llega a tratar como una herramienta indispensable que posibilitará un cambio radical en la matriz energética actual. Y las razones de esta preocupación pueden resumirse en apreciaciones de científicos como James Lovelock, quien asegura que ya se ha pasado del punto sin retorno en materia de alteraciones del clima planetario causado por acciones antrópicas incontestables. En esta senda, se sostiene, en pocas décadas más la vida humana en la Tierra será inviable por el llamado efecto invernadero o estufa².

¹ Como todos sabemos, las denominadas “energías limpias o renovables” son aquellas que se producen de forma continua y son inagotables a escala humana, tal como acontece con: solar, eólica, hidráulica, biomasa y geotermia. Son fuentes de abastecimiento energético respetuosas con el ambiente y si bien ello no significa que no ocasionen efectos negativos sobre el entorno, sus externalidades son infinitamente menores comparadas con los impactos ambientales de las energías convencionales, actualmente denominadas “energías sucias” (combustibles fósiles: petróleo, gas y carbón e inclusive la energía nuclear), las que además son casi siempre reversibles (al respecto se sugiere ampliar en los excelentes trabajos desarrollados en: *La Ley*, Suplemento de Derecho Ambiental, Año XVIII, nro. 1, lunes, 4 de julio de 2011).

² Cfr. Cureau, Sandra; Teles da Silva, Solange y Dieguez Leuzinger, Marcia, en AA. VV., *Mudanza do clima. Desafios jurídicos, economicos e socioambientais*, Sao Paulo, Ed. Fiuza, 2011, p. 15.

Pero a pesar de tales reconocimientos, difusión mediática³, consecuentes avances y aceptación de las energías limpias, tal como reconoce la doctrina especializada, es notoria la dificultad para dotarlas de una fuerza y alcance mayor que el actual⁴.

Si bien estas técnicas se manifestaron en nuestro país, si se me permite, diré que ello aconteció de manera errática—acaso espasmódica—y ciertamente de manera fragmentaria. Además, el uso de las fuentes renovables se ve reducido a microemprendimientos de pequeña escala que de ninguna manera pueden reemplazar la utilización masiva de combustibles fósiles. Adviértase que el porcentaje de energías renovables actuales en mi país es de aproximados 2.4 % del total consumido⁵.

No obstante que poseemos condiciones climáticas y geográficas excepcionales, lo cierto es que recién sobre mediados de la década de 1990 y luego de recién iniciado el siglo XXI, más precisamente a partir de 2006, se pueden encontrar las primeras normas de promoción en serio de estas técnicas en el nivel federal al igual que la implementación de políticas públicas destinadas a su fomento, a partir del impulso dado por los actores de la sociedad civil, las cámaras empresariales específicas⁶ y el accionar de las flamantes nuevas empresas públicas; respecto de ésta última me refiero a la iniciativa del Poder Ejecutivo federal implementada por ENARSA⁷ mediante el desarrollo de los programas “GENREN I y II”⁸.

³ Nótese la existencia de medios de difusión especializados, tales como “Energías renovables: El periodismo de las energías limpias”, <http://www.energias-renovables.com/> o blogs como “eRenovable.com, blog de energías renovables” (<http://erenovable.com/>), entre otros.

⁴ Cfr. Voloj, Bernardo, *Las energías renovables en Argentina: Fantasía o realidad*, FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales, julio 2011.

⁵ Cfr. Voloj, Bernardo, *op. cit.*

⁶ Ver las siguientes organizaciones: “Cámara Argentina de Energías Renovables” ([www.http://www.argentinarenovables.org/](http://www.argentinarenovables.org/)), el “Centro Argentino de Energías Alternativas” (<http://www.energias.org.ar/>), la “Fundación Energizar” (www.energizar.org.ar/), la “Cámara Argentina de Biocombustibles” (www.carbio.com.ar/). Y de la misma manera, las siguientes organizaciones internacionales: Global Renewable Fuels Alliance (www.globalrfa.org/), Global Wind Energy Council (<http://www.gwec.net/>), Round Table For Responsible Soy (www.responsiblesoy.org/).

⁷ ENARSA: Energía Argentina Sociedad Anónima (www.enarsa.com.ar/), creada en 2004 por Ley N° 25.943, como una de las nuevas formas empresariales estatales públicas, enmarcadas dentro del modelo de fuerte intervención estatal en la economía, la racionalidad de su creación fincó en la idea de desarrollar un actor público alternativo a la tradicional prestación de servicios públicos por los monopolios empresariales privados de la ola privatizadora de la década de 1990. Concretamente, la empresa está pensada como un suministrador de energía eléctrica para proveer energía eléctrica al SADI (Sistema Argentino de Interconexión), a través de la construcción, puesta en servicio y vinculación de cinco nuevas centrales térmicas. Así, se facultó a la empresa para desempeñarse como generadora, transportista y distribuidora eléctrica y transportista y distribuidora de gas natural. Posee especial importancia en materia de desarrollo reciente de energías renovables ya que en su seno el Gobierno Federal implementó exitosamente los Programas GENREN I y II.

⁸ El Programa de Generación de Energías Renovables, sin dudas, es uno de los impulsos del Gobierno Federal más exitosos para desarrollar energías renovables. Creado en el marco de la Ley Nacional N° 26.1901, consiste en la instrumentación por parte de ENARSA de procesos licitatorios destinados a seleccionar ofertas de Provisión de Energía Eléctrica a partir de Fuentes Renovables cuyas bases de instalación de nueva oferta de generación de energía eléctrica que utilice recursos renovables fueron proyectadas por la Secretaría de Energía de la Nación, mediante su Resolución N° 712/2009.

Así es que, en mi opinión, el incipiente estado en el que se encuentran las energías renovables en nuestro país se determina no tanto por el carácter embrionario de sus técnicas de gestión y estructura normativa –a pesar de que sus déficits claramente los observemos desde su faz tecnológica, pasando por sus componentes logísticos, hasta sus aspectos jurídicos–, sino principalmente en una falencia de origen, la cual, para mí, estriba en la ausencia de su programación contextualizada. Uno de los problemas finca principalmente en la falta de un abordaje programado, integral, sistémico, gradual y estructurado de estas técnicas.

Tampoco se verifica la implementación de una adecuada comunicación de las virtudes de estas técnicas, cuyo principal desarrollo se apoya en los esfuerzos de las organizaciones de la sociedad civil.

Cabe destacar que, incluso, desde el punto de vista estrictamente jurídico, las normas existentes no se orientan siquiera a la coexistencia o interconexión con los sistemas de transporte y distribución energéticos actuales como estadio intermedio hacia su desarrollo futuro como real alternativa. Ello, claramente, no se verifica en el “caso argentino”.

Por las consideraciones antedichas, este trabajo tiene por objeto caracterizar de manera breve, clara y concreta a cada una de las fuentes para luego, con carácter general, pasar revista al estado de situación de las energías renovables en mi país, para lo cual serán presentados los datos cuali y cuantitativos de cada una de las fuentes a analizar junto con el estadio de desarrollo normativo alcanzado.

II. Aproximación a algunos ejes problemáticos de las energías renovables en términos de gestión

El primer dato que enfrentamos al hablar de energías renovables reside en que la potencia instalada proveniente de fuentes renovables opera sobre círculos cerrados de consumidores autogestores. Vale decir, corresponde solo a pequeños emprendimientos hidráulicos y el resto a proyectos eólicos, no obstante la paradójica situación argentina de contar con todos los recursos naturales –y en abundancia– para un desarrollo sostenido de energías limpias.

Insisto, las experiencias realmente exitosas de energías renovables se apoyan principalmente en la autogestión, secundariamente en el impulso público de los niveles locales –especialmente los municipales– y solo ocasionalmente en algunas iniciativas motorizadas por el nivel federal.

En buena medida, se piensa que ello ha sido así dado que las políticas públicas en materia de energías renovables propiciadas por el gobierno federal durante los últimos quince años han sido solo el fruto de medidas coyunturales muchas de las veces destinadas a combatir situaciones de desabastecimiento y no como orientadas a la preservación y promoción de técnicas limpias y ambientalmente sustentables.

Es un dato de la realidad que no solo no se pudo nunca repensar la conformación de nuestra matriz energética, ni tampoco intentar una programación pues se carece de una visión clara del contexto al que debieran servir y dentro del cual se inscribe todo intento de desarrollo en la materia.

Es decir, ni hay conciencia social sobre sus virtudes y su real utilidad –este es un problema cultural y realmente importante, como veremos–, ni tampoco se sabe muy bien ni para qué existen ni si se pueden aprovechar. Y ello porque se trabaja desde siempre sobre especulaciones –muchas de las veces quiméricas– en lugar de partir de una visión real de los diversos componentes que conforman la problemática energética concreta.

Así, un dato de la realidad basta para graficar el desinterés por la promoción sostenida de las energías renovables en mi país. Y es que nuestra matriz energética depende –en la actualidad y por mucho tiempo más– en un 88 % del petróleo y gas, siendo el gas nuestro principal recurso energético, sumado al hecho de que mi país posee un elevado porcentaje de electrificación –cercano al 95 %–, si bien una proporción importante de su población rural, cercana al 30 %, carece de servicio eléctrico y tampoco ha sido este segmento objeto de activa y constante implementación de políticas públicas de incentivos de desarrollo de energías renovables.

Vale decir que en el “caso argentino” la dependencia del petróleo y del gas en su matriz es muy significativa, acaso, mayor al resto del mundo⁹. De allí que no es extraño pensar que incluso “culturalmente” descreamos de la utilidad de las energías renovables o a lo sumo desconfiamos –y, acaso, con razón de su utilidad–, pues todo intento espasmódico de promoción tibia de estas técnicas generalmente encubre situaciones de desabastecimiento de las energías sucias. A esto me refiero, entre otras cuestiones, cuando aludo a la necesidad de comprender los componentes que conforman la problemática de nuestro contexto energético.

II.1. Repasando la conformación del actual sector eléctrico

Con base en lo anterior, para completar la caracterización general que estamos haciendo, se cree conveniente pasar revista a los datos que grafican, por un lado, la conformación del actual sector eléctrico y, por el otro, el consumo argentino de energía por tres sectores básicos: la industria, el transporte y el consumo residencial.

El sector eléctrico se integra de la siguiente manera:

i) 46 empresas *generadoras* de energía eléctrica que producen 23609 MW de potencia, proveniente en un 42 % de centrales termoeléctricas, en un 51 % de hidroeléctricas y en un 7 % de nucleares.

ii) 5 empresas *transportistas* de energía con 22140 kilómetros de líneas de transmisión de todos los niveles de tensión.

iii) 66 empresas *distribuidoras* de electricidad¹⁰.

⁹ Ampliar en la Editorial del Suplemento de Derecho Ambiental de *La Ley* del 4 de julio de 2011.

¹⁰ Cfr. datos publicados por la Secretaría de Energía de la Nación (<http://energia3.mecon.gov.ar>) sistematizados por Bernardo Voloj en “El escenario energético argentino”, Revista Jurídica *La Ley* –Suplemento de Derecho Ambiental, 4 de julio de 2011.

II.2. El consumo de energía por sectores básicos

En primer lugar, respecto de la energía consumida por la industria ésta proviene:

- 46 % del gas provisto por redes,
- 15 % de otros combustibles fósiles,
- 34 % de electricidad, la que en un 60 % se genera en centrales térmicas alimentadas por gas o derivados del petróleo: por lo tanto, la energía que mueve la industria depende en un 80 % del petróleo y del gas.

En este punto, mención especial merece el crecimiento de la demanda de energía en el sector agropecuario, el cual prácticamente duplicó su consumo entre 2001 y 2004 en tanto en la industria solo se incrementó un 15 %.

En segundo término, respecto del transporte, todo el combustible empleado proviene de derivados del petróleo o de gas por redes: entre el Gas Oil y el Diesel Oil suman un 52 % y las moto naftas un 25 %.

Y en tercer lugar, para el consumo residencial, el gas por redes suma un 63 %, la electricidad un 20 % y el gas licuado del petróleo (GLP) un 14 %.

Este último valor es de mucha importancia porque involucra a 4 millones de familias/hogares y 16 millones de personas, más del 40 % del total de la población argentina; dato de importancia porque exterioriza el crecimiento desmesurado de la conurbación de la Ciudad de Buenos Aires, determinante del desequilibrio demográfico-regional del Área Metropolitana ya que sumadas –Capital y conurbación– consumen el 55 % total del país¹¹.

II.3. Quid del deficitario balance energético de la última década como contexto dentro del cual se inscriben los incentivos a las energías renovables

Tal como se revistó, cabe agregar que si bien la tendencia al consumo energético fósil ha sido siempre creciente en nuestro país, especialmente la demanda de gas –principal recurso energético nuestro–, entre los años 2003 a 2010 el balance energético ha sido deficitario debido a la progresiva caída del ritmo de obtención de energía primaria –petróleo y gas natural– contrastada con el exponencial crecimiento de una demanda originada en la expansión industrial y el crecimiento poblacional¹².

Argentina, que en 2003 era un país exportador de gas, en la actualidad necesita importar más del 10 % de su demanda por importaciones de petróleo de Venezuela y gas de Bolivia y GNL a precios internacionales con más los costos adicionales que corresponden por fletes, maniobras portuarias y regasificación. Caso verdaderamente paradigmático y que

¹¹ Cfr. Voloj, Bernardo, *op. cit.*, extractando datos publicados por: Aronoff, L., “Una matriz energética no sustentable”, en *Industrializar Argentina*, diciembre 2007.

¹² Cfr. datos estadísticos de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) recreados en el trabajo de Di Paola, María Marta, “El escenario de las energías renovables en Argentina”, en *LL-Suplemento de Derecho Ambiental*, 2011, p. 7.

abre a más interrogantes que a certezas a la hora de evaluar la calidad del desempeño institucional de la regulación y control gubernamental sobre el sector durante la paradójica década 2003-2013.

Todo este abanico de situaciones viene generando preocupaciones serias sobre el futuro de la situación energética argentina, de suerte que fue desde este costado del problema –vinculado al desabastecimiento– en que se arbitraron los espasmódicos intentos de desarrollar energías renovables.

III. Aproximación a las energías renovables y su problemática

Situada en su contexto de crisis estructural argentina, corresponde abocarse a la caracterización de las energías renovables no sin señalar de manera preliminar que el cuadro de situación presentado de ninguna manera puede ser conjurado siquiera a largo plazo con las incipientes energías renovables, no solo por su estadio embrionario sino porque asimismo tenemos el hecho –silenciado– de la deliberada inexistencia de preocupación por interconectar e integrar verdaderamente a las energías renovables al “mercado” de consumo energético como una opción y además tampoco existe preocupación por estructurarlas técnicamente como mecanismos complementarios o alternativos y mucho menos de contingencia.

Este dato se aprecia claramente de la simple lectura de la Ley N° 26.190 de 2006 de fomento y promoción de energías renovables.

Estructurada esencialmente como norma de fomento mediante incentivos financieros y fiscales, no ha logrado ser más que un catálogo de piadosas intenciones y promesas ya que si bien la ley estableció como objetivo llegar al año 2016 al aprovisionamiento del 8 % del consumo eléctrico nacional mediante energías renovables la realidad es bien distinta: actualmente, en el año 2012, ese porcentaje alcanzó solo el 3 %.

Pues bien, dicho lo anterior, quiero abocarme a presentar muy brevemente el panorama de cada una de las fuentes de energía para luego caracterizar su marco jurídico.

III.1. Energía solar¹³

Tal como reconoce la doctrina, solo una pequeña franja del Noroeste presenta irradiación alta que da la posibilidad de aprovechamiento para proyectos de alta potencia. El resto del

¹³ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Solar”, p. 4: “Nuestro planeta recibe del sol una cantidad de energía anual de aproximadamente 1,6 millones de kWh, de los cuales sólo un 40 % es aprovechable, una cifra que representa varios cientos de veces la energía que se consume actualmente en forma mundial; es una fuente de energía descentralizada, limpia e inagotable. El aprovechamiento energético está entonces condicionado por la intensidad de radiación solar recibida por la tierra, los ciclos diarios y anuales a los que está sometida y las condiciones climatológicas del lugar. Se define energía solar a aquella que mediante conversión a calor o electricidad se aprovecha de la radiación proveniente del sol; otra forma de aprovechamiento asociado considera la posibilidad de hacer uso de la iluminación natural y las condiciones climatológicas de cada emplazamiento en la construcción de edificios mediante lo que se denomina arquitectura bioclimática”.

país presenta irradiaciones que podrían utilizarse en proyectos de electrificación de baja potencia, de manera que la potencia acumulada e instalada representa una generación solo del 0.016 % de la energía eléctrica generada en el país¹⁴.

Debemos decir que el potencial técnico de la energía *solar térmica*¹⁵ es relevante *solo* en el corto plazo para sustituir metano y electricidad en el medio urbano para la producción de calor descentralizada. En más largo plazo compite con la energía solar fotovoltaica¹⁶ en la generación eléctrica descentralizada y en parques de alta potencia y también puede jugar un rol relevante en la producción de calor industrial¹⁷.

III.2. Biomasa¹⁸

Corresponde decir que la generación de energía a partir de biogás es de importancia porque no sólo busca reemplazar la utilización de generación convencional, sino que evita la emisión de metano a la atmósfera, un gas que en relación con el dióxido de carbono es veinte veces más potente para el calentamiento global. Ahora en la actualidad de mi país

¹⁴ Cfr. Di Paola, *op. cit.*, p. 8, con remisión al documento REEEP - 2009 (Red Renewable Energy & Energy Efficiency Partnership): “Energías renovables: diagnóstico, barreras y propuestas” en el marco del estudio prospectivo de energías renovables destinado a remover barreras técnicas, económicas, regulatorias y financieras a la generación de electricidad.

¹⁵ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Solar”, p. 8: “En la tecnología solar térmica, que convierte la energía radioactiva en calor, su principal componente es el captador por el cual circula un fluido que absorbe la energía radiada del sol. De acuerdo a la temperatura de aprovechamiento se puede clasificar el aprovechamiento en de alta (mayores a 300°), media (de 100° a 300°) y baja (hasta 100°). Los sistemas solares térmicos de alta temperatura hacen referencia a grandes instalaciones donde el principal elemento es una torre paraboloide, o un campo de helióstatos que concentran la radiación solar en una torre central, que puede alcanzar temperaturas superiores a los 4000° C”.

¹⁶ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Solar”, p. 5: “La tecnología fotovoltaica busca convertir directamente la radiación solar en electricidad. Basada en el efecto fotoeléctrico, en el proceso emplea unos dispositivos denominados celdas fotovoltaicas, los cuales son semiconductores sensibles a la luz solar; de manera que cuando se expone a esta, se produce en la celda una circulación de corriente eléctrica entre sus dos caras”.

¹⁷ Cfr. Pedace, Roque, “Energías renovables y cambio climático: El síndrome de Xantos”, Suplemento de Derecho Ambiental, *LL*, p. 6.

¹⁸ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Biomasa”, p. 4: “Se entiende por tal al conjunto de materia orgánica renovable de origen vegetal, animal o procedente de la transformación natural o artificial de la misma. Como fuente de energía presenta una enorme versatilidad, permitiendo obtener mediante diferentes procedimientos tanto combustibles sólidos como líquidos o gaseosos. De origen vegetal o animal, que incluye los materiales que proceden de la transformación natural o artificial. Cualquier tipo de biomasa proviene de la reacción de la fotosíntesis vegetal, que sintetiza sustancias orgánicas a partir del CO₂ del aire y de otras sustancias simples, aprovechando la energía del sol. La energía que se puede obtener de la biomasa proviene de la luz solar, la cual gracias al proceso de fotosíntesis, es aprovechada por las plantas verdes mediante reacciones químicas en las células, las que toman CO₂ del aire y lo transforman en sustancias orgánicas, según una reacción del tipo: CO₂ + H₂O (H-COH) + O₂. En estos procesos de conversión la energía solar se transforma en energía química que se acumula en diferentes compuestos orgánicos (polisacáridos, grasas) y que es incorporada y transformada por el reino animal, incluyendo al ser humano, el cual invierte la transformación para obtener bienes de consumo”.

el principal problema que presenta reside en que el potencial técnico de biomasa es suficiente solo en el corto plazo para la generación eléctrica descentralizada, la energización rural y en menor medida para la producción de combustibles.

Tal como da cuenta la Secretaría de Energía, uno de los aprovechamientos de mayor importancia de la biomasa es el dedicado a la fabricación de carbón vegetal. El mismo se obtiene fundamentalmente a partir de plantaciones de eucaliptus realizadas con ese fin. También se utiliza en otras industrias y para uso doméstico, aunque su importancia comparativa es mucho menor. Otro aprovechamiento significativo es la utilización de bagazo de caña de azúcar—como seguidamente se verá—como combustible para las calderas de los ingenios azucareros¹⁹.

No obstante es necesario decir que el actual desarrollo argentino en la materia es irrelevante como fuente sustitutiva de combustibles líquidos fósiles para los grandes mercados, porque la producción de cultivos energéticos para ese fin exigiría una superficie muy significativa de tierras agrícolas, aun suponiendo la producción de biocombustibles de generación más avanzada. De allí que una oportunidad mejor en cuanto al uso del suelo y del agua y la producción sustentable de alimentos la brinda la generación de *biogás* porque sustituye a los gases fósiles y puede utilizar la capacidad instalada de gasoductos, por lo cual una transición ordenada permitiría utilizar los excedentes de los usos locales en los gasoductos ya instalados²⁰.

Veamos las distintas fuentes de generación de energía por biomasa, según la zona del país. Así tenemos: el carbón vegetal utilizado en mayor medida en la industria siderúrgica en Jujuy; el bagazo de caña de azúcar utilizable para las calderas de los ingenios azucareros; los residuos agroindustriales y forestoindustriales mediante la cáscara de maní, girasol y residuos varios; los biocombustibles: biodiesel y bioetanol, de mucha importancia para nosotros porque nuestro país se constituyó en uno de los mayores productores de biodiesel de soja²¹.

¹⁹ En algunos casos, este combustible prácticamente permite la autosuficiencia energética de estas industrias. Relacionada con la caña azúcar podemos mencionar la fabricación de alcohol que, convenientemente deshidratado y dosificado, dio origen a la alconafta, utilizada en cierta época en varias provincias argentinas. Este proyecto no prosperó por llegarse a la conclusión de que desde el punto de vista económico no resultaba satisfactorio para las características del país (ampliar en Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Biomasa”, p. 13).

²⁰ Además del uso en el transporte, tendrían un rol relevante en máquinas térmicas o celdas de combustible para compensar fluctuaciones de las fuentes intermitentes, tal como lo reconoce la doctrina más especializada en Argentina (cfr. Pedace, Roque, “Energías renovables y cambio climático: El síndrome de Xantos” y Di Paola, María Marta, “El escenario de las energías renovables en Argentina”, en *LL-Suplemento de Derecho Ambiental*, julio 2011).

²¹ En este punto no es ocioso reconocer que los biocombustibles son el sector más subsidiado de las energías renovables, debido a su costo fiscal proveniente de la disminución de las retenciones en los aceites vegetales destinados a biodiesel y el sostén del precio fijado a la producción del alcohol para el mercado interno de alconafas tal como lo explica el especialista argentino Roque Pedace en el trabajo citado.

*III.3. Energía eólica*²²

Si bien nuestro país posee excepcionales por sus vientos, esta fuente ha merecido solo tibios impulsos. Cabe considerar que somos el quinto país en potencial de generación detrás de Rusia, Australia, Canadá y los Estados Unidos, porque nuestros vientos son de muy buena constancia²³, lo cual es fundamental para desarrollar esta energía: el potencial técnico de generación eléctrica en nuestro territorio continental supera varias veces la capacidad instalada en todo el cono sur²⁴.

Según el atlas eólico elaborado por el Centro Regional de Energía Eólica, en todo el país tenemos un potencial instalable de 2220 GGW con una producción estimada de energía de 6000 TW por año²⁵.

Nuestro país tiene trece parques eólicos localizados en seis provincias, muchos de ellos pertenecientes a Cooperativas Eléctricas. Una fracción muy alta del parque eólico tendría una capacidad de carga cercana al 50 % –mayor que la del parque hidroeléctrico– optimizando así el transporte masivo de esa generación y su incorporación al anillo en puntos distantes entre sí sin necesidad de almacenamiento²⁶.

²² Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Eólica”, p. 4: “La energía eólica hace referencia a aquellas tecnologías y aplicaciones en que se aprovecha la energía cinética del viento, convirtiéndola a energía eléctrica o mecánica. Se pueden distinguir dos tipos de aplicaciones: las instalaciones para la producción de electricidad y las instalaciones de bombeo de agua. Entre las instalaciones de producción de electricidad se pueden distinguir instalaciones aisladas, no conectadas a la red eléctrica e instalaciones conectadas, normalmente, denominadas parques eólicos. Las instalaciones no conectadas a la red, normalmente, cubren aplicaciones de pequeña potencia, principalmente de electrificación rural. Las aplicaciones conectadas a la red eléctrica, por otra parte, son las que permiten obtener un aprovechamiento energético mayor, son además las que presentan las mejores expectativas de crecimiento de mercado”.

²³ No obstante cabe reconocer que en términos generales no se requieren grandes velocidades de viento para producir energía, más bien al contrario, cuando el viento es demasiado intenso se hace necesario detener los equipos para evitar deterioro. En la mayoría de los casos, un equipo comienza a generar energía con una velocidad del viento de 4 metros por segundo (m/s), equivalente a unos 15 km/h. Entrega su potencia máxima cuando la velocidad es del orden de los 12 a 15 m/s (40 a 55 km/h) y es necesario sacarla de servicio cuando alcanza 25 m/s (90 km/h) (cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Eólica”, p. 7).

²⁴ Tal como explica oficialmente la Secretaría de Energía de la Nación, Argentina es un país con larga tradición eólica. Se estima que la llanura pampeana cuenta aún hoy con la mayor concentración de molinos de campo de todo el mundo, con más de 400.000 ejemplares en existencia. Si bien las primeras máquinas de viento equipadas para generar electricidad aparecieron a comienzos del siglo pasado, la novedad de su tecnología y sus mayores costos relativos resultaron barreras insalvables para su difusión en una época dominada por los combustibles fósiles. Fue el principio del fin de la era del petróleo barato en 1973, lo que marcó el renacer del viento como fuente energética viable. Actualmente el alto grado de desarrollo alcanzado por los aerogeneradores modernos permite al viento aportar un porcentaje relevante de la generación eléctrica en muchos países (cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Eólica”, p. 11).

²⁵ Citando a la doctrina especializada cabe agregar que recientes estudios estiman de manera muy conservadora una generación anual en Argentina de 43 petavatios eléctricos, cientos de veces mayor a los 120 tetravatios de generación actual (cfr. Pedace, Roque, “Energías Renovables y cambio climático: El síndrome de Xantos”, *LL*, Suplemento de Derecho Ambiental, julio 2011, p. 6).

²⁶ Varios de estos emprendimientos han crecido al amparo de los beneficios fiscales concedidos por el “Régimen Nacional de la Energía Eólica y Solar” introducido por la Ley N° 25.019/1998. El más representativo es

La transmisión de muy larga distancia mediante las líneas de alto voltaje de corriente continua, supone fortalecer la integración eléctrica regional –cono sur– para volcar los excedentes en países vecinos. Así, como se comprobó en varios casos nacionales y regionales de gran magnitud, la entrada en varios puntos geográficos del sistema eléctrico que goce de distintos regímenes de vientos permite compensar la variabilidad de la generación total del parque eólico y minimizar la necesidad de transmisión a gran distancia²⁷. Esto es importante porque no olvidemos que una debilidad de la generación de esta fuente de energía es su imposibilidad de almacenamiento, lo cual no permite el establecimiento de un parque eléctrico basado netamente en este tipo de energía.

III.4. Geotermia²⁸

Tal como explica la doctrina especializada, esta fuente ofrece una excelente posibilidad de desarrollo al agro y la industria mediante la realización de procesos de secado, deshidratación, invernaderos, criaderos, calefacción, etc.²⁹.

Se encuentran dos formas básicas de uso de esta tipología energética. La primera, mediante el uso directo del calor, que se aplica para calefaccionar viviendas u otros tipos de edificios; para procesos industriales que utilizan calor, como por ejemplo las fábricas de celulosa, papel, conservas, harinas de pescado; para el secado de frutas y vegetales en general; para calefacción de invernaderos, establos y criaderos, para piscicultura, para calentamiento de suelos de cultivos en zonas frías, para derretir la nieve de los caminos. Para cada una de estas aplicaciones es necesario que la temperatura del agua sea adecuada. La segunda, mediante el uso eléctrico del fluido, consistente en la generación de electricidad mediante instalaciones similares a las usinas térmicas convencionales. La diferencia radica en el origen del vapor que mueve las turbinas que alimentan el generador eléctrico. En una

seguramente el parque eólico “Antonio Morán” de la Sociedad Cooperativa Popular de Comodoro Rivadavia, que con 24 aerogeneradores en servicio, es uno de los más grandes de Sudamérica. Las perspectivas del país en materia de energía eólica son francamente alentadoras. Se estima que el potencial eólico patagónico al sur del paralelo 42 encierra una energía decenas de veces mayor al contenido en toda la producción anual argentina de petróleo. Más aún, no solo el extremo sur argentino posee condiciones favorables para la instalación de granjas eólicas, existen asimismo numerosas regiones aptas en las provincias de Río Negro y Neuquén, en varias zonas serranas y costeras de la provincia de Buenos Aires, y en muchos otros sitios puntuales de todo el país (cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Eólica”, p. 11).

²⁷ Cfr. Pedace, Roque, *op. cit.*

²⁸ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Geotérmica”, p. 4: “Se entiende por energía geotérmica a aquella que, aprovechando el calor que se puede extraer de la corteza terrestre, se transforma en energía eléctrica o en calor para uso humano o procesos industriales o agrícolas. La Tierra almacena en forma de calor gran cantidad de energía. Diferentes hipótesis tratan de explicar a qué se deben estas altas temperaturas existentes sobre el origen y posterior evolución del planeta. Las explicaciones más convincentes atribuyen a la acción combinada de varios fenómenos naturales, entre los que adquieren especial importancia los efectos residuales de la materia incandescente que constituyó las etapas iniciales y la contribución calórica proveniente de la desintegración de elementos radiactivos de vida prolongada”.

²⁹ Cfr. Di Paola, María Marta, “El escenario de las energías renovables en Argentina”, p. 8.

usina térmica convencional el vapor “se fabrica” quemando derivados de petróleo, gas o carbón, mientras que en la usina o planta geotérmica no es necesario gastar combustible pues es provisto directamente por la naturaleza. Naturalmente este proceso no es tan simple y en general el vapor viene mezclado con agua y ésta, a su vez, tiene disueltas sales. Será entonces necesario separar el vapor del agua para que pueda ser derivado a las turbinas³⁰.

Actualmente existen en nuestro país 134 emprendimientos con una capacidad instalada anual de 25.7 MW. Y si bien existen más de trescientos puntos de interés geotérmico, en solo cuatro de ellos podría generarse energía eléctrica con este recurso, a saber: Copahue (Neuquén), Domuyo (Neuquén), Tuzgle (Jujuy) y Valle del Cura (San Juan)³¹. Las dificultades más grandes para un desarrollo sostenido de energía geotérmica con fines eléctricos se encuentran en los elevados costos de la exploración y lo alejado de las zonas pobladas de las principales áreas de interés geotérmico³².

III.5. Pequeños aprovechamientos hidroeléctricos³³

La hidroeléctrica posee una alta cuota de participación en la generación eléctrica total alcanzando un 38 % promedio³⁴, ya que posee notables ventajas dado que es una forma de generación que no conlleva generación de desechos ni la emisión de gases de efecto invernadero. Cuadra inicialmente explicitar citando documentos oficiales que un pequeño aprovechamiento comprende una central hidroeléctrica de pequeña escala que (dependiendo de su potencia) puede abastecer de energía tanto a la red pública como a una pequeña vivienda o establecimiento rural alejado de la red de distribución. En este sentido, los pequeños aprovechamientos se caracterizan por no requerir los prolongados estudios técnicos, económicos y ambientales asociados a los grandes proyectos, y se pueden iniciar y completar

³⁰ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Geotérmica”, p. 10.

³¹ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Geotérmica”, p. 11.

³² Cfr. Di Paola y en similitud: Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Geotérmica”, p. 15, agregándose “en cuanto a la posibilidad de efectuar aprovechamientos calóricos, cada caso debe ser estudiado muy cuidadosamente sopesando el costo del aprovechamiento y la importancia de la actividad económica en juego”.

³³ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Pequeños Aprovechamientos Hidroeléctricos”, p. 4: “La hidroeléctrica es la mayor fuente de energía renovable explotada por el hombre, y consiste en la conversión en electricidad de la energía potencial gravitatoria contenida en los saltos de agua. Comprende tanto los aprovechamientos llamados de acumulación (agua embalsada por un dique) como los denominados ‘de paso’ (o de agua fluyente). Comparada con otras fuentes renovables, la hidroeléctrica se caracteriza por poseer mayor tradición tecnológica, factor de utilización y previsibilidad en la disponibilidad del recurso. Las primeras centrales hidroeléctricas comerciales del mundo se instalaron hacia finales del siglo XIX y eran ciertamente muy pequeñas de acuerdo a los estándares actuales. Hoy en día sin embargo, el agua abastece cerca del 20 % de la demanda eléctrica mundial”.

³⁴ Cfr. señala María Marta Di Paola, en el trabajo ya citado.

más rápidamente, lo que los torna una opción de abastecimiento viable en aquellas zonas y regiones del país no servidas aún por sistemas convencionales³⁵.

Si bien la sustentabilidad de los grandes embalses suele ser debatida entre los especialistas y depende sobremanera de la definición que se tenga de ella, se le reconocen las siguientes ventajas: generación limpia, económica (no hay costo de combustible) e inagotable; sustitución de combustibles fósiles y ahorro de sus emisiones contaminantes, posibilidad de beneficios adicionales como riego, agua potable, turismo y recreación, además de la generación de electricidad, larga vida útil y utilización de recursos y mano de obra nacionales. Este dato es importante ya que tanto la construcción de las obras civiles como del equipamiento hidro-electromecánico puede ser encomendado a empresas de conformación y capital nacional³⁶.

Nuestro país posee tres grandes centrales: Yacyretá³⁷, Piedra del Águila³⁸ y Salto Grande³⁹, si bien solo se consideran como fuentes de energía renovables aquellos emprendimientos de 30 MW de potencia como máximo, por su bajo impacto en el ambiente⁴⁰.

³⁵ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Pequeños Aprovechamientos Hidroeléctricos”, p. 9.

³⁶ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Pequeños Aprovechamientos Hidroeléctricos”, p. 7: “Por supuesto no hay forma de generación eléctrica que no tenga un impacto ambiental de mayor o menor severidad, y las grandes hidroeléctricas (y las renovables en general) no son la excepción. Ciertamente la magnitud del impacto que los grandes aprovechamientos de uso múltiple plantean al medio natural, económico y social afectado, amerita que (y así lo establece la legislación) su estudio, proyecto y construcción queden siempre supeditados a la racional explotación y preservación de todos los recursos naturales vinculados a la cuenca hídrica en la que se hallan emplazados, como también al juicioso tratamiento de toda la problemática vinculado con ellos (manejo del agua, destino de la energía, control de inundaciones, seguridad de presas, etc.)”.

³⁷ Ampliar en el sitio de Internet de la Entidad Binacional Yacyretá: <http://www.eby.org.ar/>. La Central está ubicada en la Isla Yacyretá, próxima al Brazo Principal. La longitud total de la estructura es de 808 metros, con un ancho de aguas arriba a aguas abajo de aproximadamente 80 metros.

³⁸ Ver: http://www.gruposadesa.com.ar/pag_generacion_hpda.html. Tal como ilustra el sitio de internet, la empresa *Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A.* es una generadora de energía eléctrica cuya central está emplazada sobre el Río Limay a 250 km al sur de la ciudad de Neuquén, en dicha Provincia patagónica argentina. La central tiene una potencia instalada de 1.400 MW, lo que la convierte en una pieza clave del Sistema Eléctrico Nacional. La central se encuentra conectada al Sistema Argentino de Interconexión (SADI) mediante al cual la energía generada por HPDA puede ser transportada a la mayor parte del territorio nacional.

³⁹ Ver: <http://www.saltogrande.org/>. Como se ilustra el sitio de internet: “Con el fin de transportar la energía hidroeléctrica producida hacia los centros de consumo de Argentina y Uruguay, la Central de Salto Grande construyó entre 1977 y 1982 una red de transmisión con una tensión de 500 kV que está compuesta por cuatro Subestaciones y 1.300 km de líneas aéreas en total, divididas en líneas comunes (pertenecientes a Salto Grande) y líneas instaladas por cuenta y orden de Argentina y Uruguay. El uso de 500 kV permite transmitir grandes cantidades de energía en largas distancias, con ventajas económicas y técnicas. Una línea de 500 kV puede transmitir lo mismo que catorce líneas de 132 kV. Utilizando esta tensión fue posible unir en un mismo nivel de tensión las redes nacionales de Argentina y Uruguay. De esta manera, se conformó el sistema binacional que optimiza el aprovechamiento de la Central y de la administración de las reservas de generación del conjunto”.

⁴⁰ Cfr. Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Pequeños Aprovechamientos Hidroeléctricos”, p. 10: “Por supuesto no existe una convención única e internacionalmente

Esta potencia minihidráulica solo representa cerca del 1.3 % de la potencia total instalada y el 3.75 % de la potencia hidroeléctrica total. En términos de energía solo representa el 1.1 % y 3.0 % de la energía total producida⁴¹.

IV. Consideraciones sobre el marco jurídico de las energías renovables

Presentadas brevemente las principales fuentes de energías renovables, junto con la caracterización de la situación actual, cuadra tratar sucintamente los aspectos salientes de la legislación.

En la reciente historia de las energías renovables tenemos que comenzar tratando la Ley N° 25.019 de 1998, “Régimen Nacional de la Energía Eólica Solar”. Inicialmente diremos que las previsiones de esta norma, típicamente de fomento, deben integrarse al régimen eléctrico que en nuestro país se conforma con las siguientes dos normas. En primer lugar, la Ley N° 15.336, de 1960, “Régimen de la energía eléctrica”, cuyo alcance comprende a “las actividades de la industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional” y en la cual se afecta el segmento de distribución –quedando excluidos la generación, almacenamiento y transporte⁴²– de la actividad al régimen del servicio público; precisamente en su Artículo 3° al prever: “[...] denominase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes” y previendo el conjunto de reglas (Artículos 14 a 21 de la ley) que conforman un verdadero régimen concesional específico para el sector, con especificación de las obligaciones de los sujetos de ley.

En segundo término, la Ley N° 24.065, de 1992, que conforma el marco regulador del sistema eléctrico privatizado, en cuyo Artículo 1° se establece como actividad servicial pública “al transporte y distribución de electricidad” estableciendo que la actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público, será considerada de interés general. Esto significa que si bien no es actividad servicial pública se encuentra sometida a un intenso poder de regulación

aceptada que determine que aprovechamiento es o no pequeño, y cada país adopta su propia definición. De acuerdo al nuevo ‘Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía para Producción Eléctrica’, la categoría de pequeño aprovechamiento corresponde en la Argentina a centrales hidroeléctricas de hasta 30 MW de potencia, y esa categoría incluye también las plantas mini y micro que usualmente abastecen sistemas aislados y pequeños consumos dispersos”.

⁴¹ Cfr. Di Paola, María Marta, “El escenario de las energías renovables en Argentina”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Ambiental, julio-2011.

⁴² Así, por ejemplo, el Artículo 6° contiene una limitación de los supuestos de generación de energía como actividad de interés público y, por el otro lado, el Artículo 4° establece el carácter privado de las operaciones de compraventa de electricidad con un ente público.

estatal por encontrarse –tal como literalmente califica el mismo artículo de la ley– “afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo”, siendo sujetos de ley y por ello definidos en el Artículo 5° de la ley como aquel sujeto “titular de una central eléctrica adquirida o instalada en los términos de esta ley, o concesionarios de servicios de explotación de acuerdo al Artículo 14 de la Ley N° 15.336, que coloque su producción en forma total o parcial en el sistema de transporte y/o distribución sujeto a jurisdicción nacional”.

Lo anterior es importante porque debemos tener presente las situaciones que pueden presentarse en el caso de los generadores de energía eléctrica por alguno de los medios renovables que se presentaron en el trabajo. Y si bien puede decirse que las previsiones del marco regulatorio se refieren al mercado mayorista y comprende a grandes generadores, no es menos cierto que existen innumerables situaciones intermedias que se encuentran en un límite y precisan de previsibilidad y claridad en la regulación para evitar situaciones de oscuridad interpretativa, tal como insinúa el Artículo 7° de la Ley N° 25.019⁴³.

Finalmente, la norma que nos ocupa es la Ley N° 25.019, dictada pocos años después del régimen de la privatización. Su objeto claramente es el incentivo –técnica de fomento– normativo de la producción de energía eléctrica eólica y solar a través del otorgamiento de beneficios fiscales. Como primera apreciación en aval de lo expuesto tenemos la declaración de interés público de la actividad de generación, contenida en el Artículo 1° de la ley⁴⁴, pero que luego no encuentra en el articulado siguiente las previsiones específicas que requiere un régimen de esta naturaleza, encontrándose solo focalizada en previsiones de incentivo fiscal tales como las reglas de diferimiento del pago del Impuesto al Valor Agregado – previstas en su Artículo 3°– o la estabilidad fiscal contemplada en el Artículo 7°⁴⁵.

Esta norma fue modificada en 2006 por la Ley N° 26.190, Ley General de las Energías Renovables.

Como otro hito jurídico en el desarrollo de las energías renovables se cree oportuno mencionar al Proyecto de Energías Renovables en Mercados Rurales (PERMER), lanzado en 2000, el cual se destinó a mejorar el acceso a recursos energéticos de los pobladores rurales. La iniciativa permitió el suministro eléctrico mediante energías renovables a viviendas, escuelas y servicios públicos.

⁴³ “Artículo 7° - Toda actividad de generación eléctrica eólica y solar que vuelque su energía en los mercados mayoristas y/o que esté destinada a la prestación de servicios públicos prevista por esta ley, gozará de estabilidad fiscal por el término de quince (15) años, contados a partir de la promulgación de la presente, entendiéndose por estabilidad fiscal la imposibilidad de afectar al emprendimiento con una carga tributaria total mayor, como consecuencia de aumentos en las contribuciones impositivas y tasas, cualquiera fuera su denominación en el ámbito nacional, o la creación de otras nuevas que las alcancen como sujetos de derecho a los mismos”.

⁴⁴ “Artículo 1° - Declárase de interés nacional la generación de energía eléctrica de origen eólico y solar en todo el territorio nacional”.

⁴⁵ Ídem nota 43.

Así, la iniciativa ha permitido, hasta ahora, el suministro eléctrico mediante energías renovables a 3260 viviendas, 540 escuelas y 76 servicios públicos (salas de emergencia médica, destacamentos policiales y de gendarmería, etc.). Y en proceso de instalación se hallan, además, 1049 sistemas en escuelas, 3100 en viviendas y 200 servicios públicos adicionales.

Además, las instalaciones involucraron equipamientos hogareños y sistemas de generación híbridos (solares-diesel; eólico-diesel; hidro-diesel, etc.), eólicos, solares, mediante micro-turbinas hidráulicas o diesel e infraestructura de distribución de energía en pequeñas localidades rurales alejadas de la red eléctrica convencional. En particular, se ha desarrollado un Proyecto Piloto Eólico en la Provincia de Chubut, a partir del cual se han instalado 115 equipos de generación eólica individual y se están instalando 1500 más, con sus correspondientes equipos de medición⁴⁶.

Otro hito que merece ser mencionado porque constituye un antecedente jurídico de importancia es el Programa Energía Plus. En septiembre de 2006, la Secretaría de Energía dictó la Resolución N° 1.281, por la cual lo creó con el objetivo de fomentar la inversión de los grandes consumidores de energía en nuevas fuentes de generación. El mismo establece que aquellas empresas con un consumo energético mayor al año anterior deberán pagar un precio equivalente al costo de la generación más un monto extra percibido por el generador.

También en 2006 se dictó la Ley N° 26.093 de creación del “Régimen de Promoción para los Biocombustibles”, luego modificada por la Ley N° 26.334.

La medida más importante que estableció esta ley fue la obligación de uso de biocombustibles cortados con combustibles minerales en el mercado interno argentino al 5 % como mínimo a partir del 1° de enero de 2010, cuota que se incrementó a un 7 % a mitad de 2010 y se estima que solo podría alcanzar un 10 % a largo plazo.

Estableció también diversos incentivos impositivos, tales como la devolución anticipada del Impuesto al Valor Agregado, e impuso una obligación de comercialización: quienes pretendan acceder a los incentivos tendrán la obligación de comercializar su producción en el mercado interno para cubrir el corte obligatorio.

En diciembre de 2006 se dictó la Ley N° 26.190: “Régimen de fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica”.

Como vimos, esta norma declaró en su Artículo 1° como actividad de interés público nacional a la generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes de energía renovables.

Estableció en su Artículo 2° la finalidad de desarrollar las fuentes de energías renovables hasta alcanzar el 8 % del consumo de energía eléctrica nacional en el plazo de diez años.

Calificó, en su Artículo 4°, como fuentes renovables: las fuentes no fósiles, energía eólica, solar, geotérmica, mareomotriz, hidráulica (centrales de hasta 30 MW), biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás.

⁴⁶ Según información oficial suministrada por la Secretaría de Energía de la Nación Argentina, AA. VV., “Energías Renovables 2008 - Energía Solar”, p. 11.

Para cumplir con el objetivo, se establecen también diversos beneficios condicionados a un régimen de inversión estable por un período de diez años, exenciones impositivas (básicamente centrada en el régimen del Impuesto al Valor Agregado y en el Impuesto a las Ganancias) y una remuneración adicional respecto del precio de mercado de la energía por un período de 15 años de 0.9 \$/KW para el resto de los sistemas, junto con otros beneficios financieros, tal como previó en sus Artículos 7° al 10, con más el establecimiento de un fondo fiduciario en su Artículo 14⁴⁷.

Así caracterizado el embrionario régimen legal de fomento de esta actividad, quiero detenerme brevemente a presentar una de las pocas iniciativas públicas exitosas del nivel federal en esta materia. Se trata del lanzamiento del Programa GENREN, ya identificado al inicio de mi trabajo.

En 2009 la empresa Energía Argentina S.A. (ENARSA), presentada al inicio, abrió la licitación pública nacional e internacional de este programa que contempla la provisión de 1000 MW de energía renovable con contratos a quince años, cuya adjudicación ENARSA definiría en módulos de una potencia de 50 MW.

La mitad de la provisión contemplada está destinada a energía eólica, mientras que estaría conformado por:

- 150 MW de termoeléctricas a biocombustible,
- 120 MW de residuos, 100 MW de biomasa,

⁴⁷ A continuación se cita la cláusula en cuestión ya que la claridad de su previsión, pertinencia técnica y especificidad tornan redundante incurrir en comentarios de índole general en el marco de este trabajo. La norma establece el fondo fiduciario en los siguientes términos: “Artículo 14 - Fondo Fiduciario de Energías Renovables. Sustitúyese el Artículo 5° de la Ley N° 25.019, el que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 5°: La Secretaría de Energía de la Nación en virtud de lo dispuesto en el Artículo 70 de la Ley N° 24.065 incrementará el gravamen dentro de los márgenes fijados por el mismo hasta 0,3 \$/MWh, destinado a conformar el Fondo Fiduciario de Energías Renovables, que será administrado y asignado por el Consejo Federal de la Energía Eléctrica y se destinará a: I. Remunerar en hasta uno coma cinco centavos por kilovatio hora (0,015 \$/kWh) efectivamente generados por sistemas eólicos instalados y a instalarse, que vuelquen su energía en los mercados mayoristas o estén destinados a la prestación de servicios públicos. II. Remunerar en hasta cero coma nueve pesos por kilovatio hora (0,9 \$/kWh) puesto a disposición del usuario con generadores fotovoltaicos solares instalados y a instalarse, que estén destinados a la prestación de servicios públicos. III. Remunerar en hasta uno coma cinco centavos por kilovatio hora (0,015 \$/kWh) efectivamente generados por sistemas de energía geotérmica, mareomotriz, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás, a instalarse que vuelquen su energía en los mercados mayoristas o estén destinados a la prestación de servicios públicos. Están exceptuadas de la presente remuneración, las consideradas en la Ley 26.093. IV. Remunerar en hasta uno coma cinco centavos por kilovatio hora (0,015 \$/kWh) efectivamente generados, por sistemas hidroeléctricos a instalarse de hasta treinta megavatios (30 MW) de potencia, que vuelquen su energía en los mercados mayoristas o estén destinados a la prestación de servicios públicos. El valor del Fondo como la remuneración establecida, se adecuarán por el Coeficiente de Adecuación Trimestral (CAT) referido a los períodos estacionales y contenido en la Ley N° 25.957. Los equipos a instalarse gozarán de esta remuneración por un período de quince (15) años, a contarse a partir de la solicitud de inicio del período de beneficio. Los equipos instalados correspondientes a generadores eólicos y generadores fotovoltaicos solares, gozarán de esta remuneración por un período de quince (15) años a partir de la efectiva fecha de instalación”.

DESDE LOS DERECHOS

- 60 MW de mini-hidroeléctricas, 30 MW de geotermia,
- 20 MW de energía solar y 20 MW de biogás.

Un total de 32 proyectos se adjudicaron a 12 empresas con una inversión proyectada de \$ 9000 millones, distribuidos de la siguiente manera:

- 754 MW de energía eólica (17 proyectos).
- 10.6 MW en pequeños emprendimientos hidro o hídricos (5 proyectos).
- 20 MW en solar (6 proyectos).
- 110.4 MW en térmica con biocombustibles (4 proyectos).

Ahora, cabe señalar que se tuvieron que relanzar procesos licitatorios por geotermia (30 MW), solar térmica (25 MW), biogás (20 MW) y residuos sólidos urbanos (120 MW). En tal suerte, en julio de 2010 se adjudicaron: 56 MW por fuentes de residuos sólidos urbanos, 50 MW de solar térmica y 20 MW de biogás.

La importancia de lo anterior radica en que, en síntesis, contando este segundo llamado, se adjudicaron un total de 1021 MW de energías renovables, lo cual de por sí es un logro allende las controversias que desde el sector doctrinario se le enrostró a este programa⁴⁸.

En septiembre de 2010 la Secretaría de Energía dictó un régimen para promocionar la utilización de biodiesel en las centrales termoeléctricas. En él la empresa administradora de las transacciones del mercado mayorista eléctrico (CAMMESA) se compromete a cubrir el costo del biodiesel más 10% en concepto de gastos administrativos. Cabe destacar que, luego, en 2011 la Secretaría de Energía autorizó a CAMMESA a comprar la oferta eléctrica generada por fuentes renovables a través de contratos de quince años con un precio diferencial.

V. Recapitulando y en síntesis

Si bien contamos con la primera norma de fomento de las energías renovables dictada en 2006 (la Ley N° 26.190) con el objetivo de fomentar y promover las energías renovables para diversificar la matriz energética argentina, lo cierto es que no poseemos aún un régimen jurídico de energías renovables puesto que las normas comentadas no son otra cosa más que un conjunto de medidas administrativas de fomento o de promoción de la actividad y que tienen un contenido meramente de incentivos y desgravaciones fiscales y financieras.

⁴⁸ La doctrina se encargó de hacer público el señalamiento crítico formulado por las autoridades de la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Argentino (CAMMESA), tales como que mediante el régimen del Programa se paga una tarifa dos veces mayor a la abonada en similitud en países vecinos, si bien reconociendo que los valores pagados son inferiores a los costos finales de importación de energía de Venezuela. Lo cual es de importancia. También se dispararon acusaciones de *crony capitalism* en el sentido de denunciar la recurrente cercanía con el actual gobierno que poseen las empresas adjudicatarias del programa, entre otras apreciaciones principales (citados por María Marta Di Paola en el trabajo ya citado en Revista *La Ley*).

Es importante remarcar –aún *a fuer de* resultar reiterativos– que nuestro país carece de un marco regulatorio específico, puesto que las normas vigentes adolecen de sus contenidos mínimos. Adviértase lo siguiente: no se definen sujetos de ley, objetos de regulación, estándares o normas técnicas de calidad, prestaciones mínimas, derechos y obligaciones en la relación jurídica, ni titularidad de los bienes afectados. Tampoco puede hablarse de un embrión de sistema jurídico dado el carácter fragmentario de las normas. De allí que mi país en materia de energías renovables está en su protohistoria.

Para concluir, diré que la reformulación de las políticas públicas en materia de energías renovables debiera pensarse no de manera coyuntural⁴⁹, debieran ser una solución no sólo para el abastecimiento al creciente consumo energético –tanto residencial como industrial– sino principalmente desde su faz preventiva de cara a las generaciones futuras, como un intento de atenuación de los riesgos crecientes que presentan las emisiones de gases de efecto invernadero, provocadas por el sector de generación eléctrica.

El desarrollo de las energías renovables requiere de comenzar por acuerdos básicos en base a criterios sociales, económicos y ambientales sostenibles a largo plazo y pensados, insisto, de manera contextualizada desde y para la atención de las necesidades generales. Es que la discusión en torno a la matriz energética argentina –en serio– es una tarea impostergable más allá de la estrategia momentánea⁵⁰.

⁴⁹ Podría afirmarse sin mayor hesitación la posición crítica asumida por la doctrina argentina respecto del carácter espasmódico –y acaso *crony* capitalista– que poseen los sucesivos intentos de desarrollar fuentes de energía renovable. Así, la doctrina confluente en apreciaciones tales como “el fomento de estas energías requiere un marco regulatorio a largo plazo que favorezcan la inversión en el sector a través de políticas crediticias accesibles, el desarrollo de tecnología nacional, la generación de economías de escala que disminuyan los costos de producción” (cfr. Di Paola, María Marta, *op. cit.*, p. 8) y, en síntesis, el reclamo sempiterno por políticas claras y sustentables traducidas en una programación a largo plazo.

⁵⁰ Editorial, *La Ley*, Suplemento de Derecho Ambiental, del 4 de julio de 2011, p. 1.

V. CONTROL PÚBLICO

EL CONTROL PÚBLICO EN LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

PARTE I. APROXIMACIÓN A LA CRISIS Y TRANSFORMACIÓN DEL CONTROL

*“Solo en comunidad con otros pueblos puede un pueblo
ayudar a constituir un mundo humano creado
y controlado por todos nosotros en común”.*
(Hanna Arendt, *La tradición oculta*)¹.

1. Introducción

El control público en Argentina, y, muy probablemente en Iberoamérica, encuentra en el siglo XXI una nueva arena en la cual medir sus fuerzas transformadoras. Tiene ante sí nuevos horizontes de expansión, nuevos ámbitos de control, nuevos sujetos cotitulares del interés público implicado en la relación de control, y, unido a ello, encuentra nuevos poderes públicos muñidos de poderes de imposición e intervención más intensos, sofisticados e imperceptibles, que las tradicionales y previsibles técnicas de gestión provenientes del derecho público decimonónico, e imperantes hasta las últimas décadas del siglo XX –si bien con las modulaciones propias de los diferentes contextos temporales y espaciales–².

¹ Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 74.

² Me estoy refiriendo al proceso de transformación del poder en la actualidad, en los términos presentados por Juan Ramón Capella, al decir: “La crisis del Estado intervencionista y asistencial se resuelve en la gran transformación que se produce aceleradamente [en el contexto europeo] desde mediada la década de 1970, y que en veinte años origina un mundo nuevo, una Babel de características propias. Para los rasgos del proceso de cambio resulta decisiva la posición de predominio social en que se encontraba el capital transnacional [...] Componen la gran transformación dos macrofenómenos estrechamente interdependientes entre sí: una mundialización (‘desigual’ o ‘deforme’) de las relaciones sociales, y una nueva revolución industrial, la tercera. La mundialización desigual de las relaciones es una globalización multifacética que crea relaciones de interdependencia entre las distintas poblaciones del planeta y reorganiza el tiempo y la distancia en la vida social. La mundialización

Sin dudas, esta novedad, y estas nuevas formas de actuación requerirán, como contrapartida, el desarrollo de una mayor sofisticación en cuanto a las técnicas, actualmente existentes, y, determinarán una mayor complejidad en la estructuración de las nuevas relaciones de control público.

Y ello, porque el control tiene ante sí el desafío de adecuarse a un nuevo derecho público³ y, por tanto, a los nuevos paradigmas de la arena pública, a la cual describiera recientemente el Profesor Italiano Sabino Cassese en su obra *La crisis del Estado*⁴.

De esta manera, el “cariz funcional público” del control, en el sentido de Giannini – determinado por la interdependencia sistémica existente entre “organización administrativa de control” y la “organización administrativa de gestión” – determina que no sea posible reflexionar sobre el control público sin pensar antes al Estado⁵. Y en la actualidad, toda reflexión sobre el Estado no podrá sino conducir a pensar su crisis e invitarnos a discutir los alcances de su proceso de transformación y cómo ello impacta sobre las distintas categorías fundantes de nuestro derecho público iberoamericano en general, y, argentino en particular⁶. Si bien un análisis exhaustivo acerca de los fenómenos de crisis del Estado

configura un sistema desigual: con un ‘sur’ del mundo infradotado cuya periferia se hunde en la miseria y un ‘norte’ trifocal (en torno al Japón, la Unión Europea y Norteamérica), con su propio entorno [...] En este proceso se hunden casi todas las burocracias industrializadas carentes de flexibilidad para adaptarse al proceso; y también quedan atrás las estructuras de tipo ‘fondista’, superadas por formas empresariales transnacionales, generalmente reticulares, que operan segmentando el proceso productivo y deslocalizándolo, con gran capacidad de innovación organizativa [...] La mundialización impone una nueva estructura o campo de poder: la forma estado pierde su primacía al subordinarse a un soberano privado supraestatal de carácter difuso, con una asignación de funciones nueva en este cambio interrelacionado. El sistema de legitimación tiende a cambiar también, y el derecho se adapta y adquiere rasgos apropiados a la nueva situación. Una nueva cultura, babélica, presencia el enfrentamiento de tendencias contrarias: el impulso a la barbarización de todas las relaciones sociales, que puede desembocar en tiranías integrales y catástrofes sociales duraderas, y la debilitada tendencia a un ulterior afianzamiento, contra las desigualdades estructurales, del proceso de democratización”. Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida, una aproximación histórico teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 238 en adelante.

³ Me refiero a la corriente doctrinal inaugurada en Argentina por el Profesor Jorge Salomoni. Entre otros trabajos del autor citado, remitimos a los siguientes: *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999; “Interés público y emergencia”, en AA. VV., *La emergencia hoy*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003; “La defensa del Estado Argentino en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, *ED*, Buenos Aires, 28 de octubre de 2003.

⁴ Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

⁵ En los términos explicitados por el Maestro italiano Máximo Giannini, es ese cariz funcional público que el control asume en el Estado contemporáneo, el que determina la expansión de su ámbito de actuación, implicando ello la generalización del control a toda la actividad de los poderes públicos, como una consecuencia, al menos tendencial, de la funcionalización de dicha actividad, lo que determinará, por un lado, la imposibilidad de pensar un modelo de control en abstracto, y a consecuencia de ello, la necesidad de referirlo al contexto estatal o a la esfera pública, sobre la cual está llamado a operar.

Cfr. Giannini, Máximo Severo, *Derecho Administrativo*, Traducción de Luis Ortega, Volumen Primero, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 310 y sigs.

⁶ Al respecto, dentro del derecho argentino me remito a los siguientes trabajos: Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999, y Albanese, Susana, *Derecho Internacional*,

excede en mucho los propósitos del presente, su referencia es útil para presentar algunas de las manifestaciones de este fenómeno y su impacto sobre los atributos del control público⁷.

De esta manera, quiero invitar a reflexionar acerca de las incidencias que posea la actual crisis del Estado sobre el control público; cómo operan los nuevos paradigmas –si es que operan– sobre las estructuras de control vigentes, y qué transformaciones, seguramente, se producirán sobre las nuevas relaciones de control, que esta realidad compleja parece insinuarnos.

Comenzaremos con una breve aproximación a la crisis del Estado, para luego presentar los componentes que, en mi opinión, integran la doble crisis del control público en la actualidad de mi país.

2. La teorización de la crisis del Estado

En nuestra realidad latinoamericana, la crisis del Estado tiene como uno de sus puntos de inicio el desplazamiento del ámbito interno al internacional, tanto de la definición de los derechos fundamentales, cuanto del control del Estado por parte de organismos internacionales.

Así, se verifica en nuestras realidades la existencia de una fuerza expansiva del derecho internacional y supranacional sobre los ordenamientos nacionales, determinando la crisis de la facultad exclusiva de producir y aplicar el derecho, que hasta ahora detentaba el Estado Nación. Y, en este sentido, lo anterior nos muestra el progresivo desarrollo de ordenamientos y espacios jurídicos globales, que a más de poner en crisis el “sistema cerrado de legalidad y sus fuentes”⁸, transforman los mecanismos de creación y aplicación

Derechos Humanos y Derecho Comunitario, Buenos Aires, Ediar, 1998, Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I –en especial Capítulo VI–, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998; Salomoni, Jorge Luis, “El concepto actual de servicio público”, “El origen, la organización y el funcionamiento del Mercosur”, “Medios alternativos de resolución de conflictos con el Estado. El proceso arbitral ante Tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el Derecho Público Argentino” (en AA. VV., *Jornadas sobre procedimientos administrativos*, UCA, 2003); entre otras obras del referido autor.

Asimismo, en el plano internacional me remito a los siguientes: Calderón Ortiz, Gilberto, *Estado, gobernabilidad y Administración pública*, México, Guernika, 2002; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004; Haberle –Ferrajoli– Vitale, *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004; Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002; Ianni, Octavio, *La era del globalismo*, México, Siglo XXI, 2001; Twining William, *Derecho y Globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003, entre otros trabajos

⁷ Al respecto se sugiere consultar: Valadés, Diego, *El control del poder*, 2ª edición, México, Porrúa, 2000, con especial referencia a los Capítulos I (puntos A, B y J) y II (puntos A, B, D y E).

⁸ Al respecto, creo útil recrear las expresiones del Profesor Diego Valadés, quien al considerar el proceso de ensanchamiento de las funciones del Estado de bienestar percibe el fenómeno de la crisis del Estado, señalando: “[...] la reducción indiscriminada de las funciones del poder estatal está también abatiendo, con velocidad creciente, uno de los pilares de sustentación del propio poder. Por eso se pone creciente énfasis en los procesos democráticos de legitimación del poder; porque se intuye que se está perdiendo el Estado de bienestar como una forma de legitimación que resultó muy funcional en muchos sistemas, durante largos lustros”. (Valadés, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 2).

del derecho, reduciendo al Estado-Nación a un sujeto más entre los varios operadores jurídicos de ese ordenamiento sobre el cual inexorablemente va perdiendo su poder de conformación exclusiva⁹.

Sin embargo, la percepción de este fenómeno en nuestra cultura jurídica no es inmediata y requiere de un progresivo desarrollo de canales de discusión sobre sus caracteres generales y sus manifestaciones sectoriales. Por ello se cree útil realizar una breve aproximación a esta problemática.

Siguiendo la línea doctrinaria en la cual se inscribe este trabajo, vemos que hasta no hace mucho tiempo atrás, la estructuración del Estado y sus relaciones presentaban, entre otras, las siguientes notas distintivas:

1. Exclusividad del ordenamiento: Los sujetos formaban parte de un ordenamiento que presenta carácter de exclusividad¹⁰.

2. Estadocentrismo: En el centro se encontraba el Estado, perfilando ello un poder público de estructura compacta y en posición de superioridad institucional¹¹.

3. Predeterminación legal: La ley es la medida y el control del poder público. Predetermina su actuación, prefija sus deberes y por lo tanto es previsible - medible - controlable¹². Veremos que la transformación que los procesos de crisis del Estado operen sobre este aspecto impacta sobre la estructuración del control público. Ello así, por cuanto ésta se montó a partir de encontrarse la acción estatal normativa y rígidamente planificada por un ordenamiento preexistente que perfila los fines, reglas y deberes de actuación del poder público. Éste es el modelo del poder legal racional, previsible, medible y, por ende, controlable, dentro de la estructura tradicional, tal como lo explica Cassese.

4. Estabilidad de la esfera pública: Las relaciones entre lo público y lo privado son determinadas y permanecen estables: entre los organismos puestos en posición superior y los otros sujetos no hay convergencia, sino contraposición¹³.

Sin embargo, la fuerte internacionalización de los ordenamientos internos y el paulatino desarrollo de un *global governance*¹⁴ verifican este proceso de crisis del Estado, dado

⁹ Cfr. Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, pp. 42 y sigs.

¹⁰ Señala el Profesor Cassese: “Ante todo, los sujetos forman necesariamente parte de un ordenamiento jurídico que presenta carácter de exclusividad. Los sujetos no pueden elegir. El ordenamiento es un dato” (autor y obra citada, p. 151).

¹¹ Agrega el autor citado: “En segundo lugar, en el centro se encuentra el Estado, poder público con estructura compacta. El Estado está en posición de superioridad institucional. En algunos casos, admite ponerse a la par de otros sujetos, con los cuales negocia. Aunque, también en tales casos, puede retomar su posición de superioridad” (autor y obra citada, p. 151).

¹² Continúa el autor citado: “En tercer lugar, la ley asegura la medida y el control del poder público y, entonces, circunscribe exactamente sus competencias. Por el contrario, los particulares reaccionan según sus propios intereses y fines, en tanto, la ley define sólo aquello que a ellos es prohibido” (autor y obra citada, p. 152).

¹³ Cfr. Cassese, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴ En los términos de Cassese, quien sostiene: “[...] el *global governance* se presenta como un agregado de organizaciones generales, sectoriales y de acuerdos. No solo no hay una supremacía y un soberano, sino que

su carácter compuesto, en el que se encuentran, yuxtapuestos, interdependientes, integrados, según los casos, elementos jurídicos diversos, estatales, internacionales y supranacionales¹⁵. Si bien de manera más intensa en algunas realidades, menos intensa en otras y con las peculiaridades y modulaciones propias del contexto temporal - geográfico en los que se verifica el fenómeno.

La Argentina tuvo, entre otros, como hito histórico principal su reforma constitucional de 1994, que facilitó el desarrollo de ámbitos de internacionalización de nuestro ordenamiento conformados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el proveniente de la integración comunitaria y el determinado por los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones. Sobre el particular, cabe aclarar que la internacionalización del ordenamiento argentino se produjo de manera especial y sin precedentes, entre otras razones, debido a la recepción de determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad¹⁶.

Este fenómeno ha operado transformaciones que resultan necesarias presentar para comprender a la nueva arena pública, en la cual pareciera inscribirse el control público del presente siglo.

Así, siguiendo la corriente doctrinaria expuesta, vemos que se pasará de una estructura ordenada a un esquema de auto-ordenación; el ordenamiento jurídico que antes era un dato se transformará en una elección¹⁷. Luego, al monismo estatal y a su organización compacta lo sustituye un conglomerado de derechos también incompatibles, pero provistos de normas de conflicto y, por ende, de reglas que deciden qué normas aplicar al caso concreto¹⁸. Entonces, advertimos que se registran las siguientes transformaciones, condicionadas por el grado de avance de los ordenamientos:

ni siquiera existe una estructura definida. Por este motivo no se habla de *global government*: aspectos funcionales, reglas, procedimientos, comportamientos prevalecen por sobre organizaciones o estructuras. Estos existen pero su rol no es predominante como en los Estados aparatos, ni su estructura jerárquica sino más bien reticular. Esta estructura presenta una compleja mezcla de componentes internacionales y de componentes nacionales y una gran cantidad de acuerdos sectoriales [...]” (autor y obra citados, p. 44).

¹⁵ Autor y obra citados, p. 45.

¹⁶ Al respecto se ha dicho: “Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modélicamente la República Argentina” (Salomoni, Jorge, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, p. 2).

¹⁷ En los términos de Cassese, lo expuesto permite apreciar un paradigma, el de la mercantilización de las instituciones, que desmiente el paradigma tradicional por el cual las instituciones se imponen a los particulares, constituyendo un prerequisite al cual estos últimos deben necesariamente adaptarse (autor y obra citada, p. 153).

¹⁸ Autor y obra citada, p. 153.

Del “Modelo Estadocéntrico” se pasará a un “Modelo ultraestatal”, el cual mientras en la realidad en el hemisferio norte tendrá sustancia mercadocéntrica—dato no extrapolable a nuestras empobrecidas naciones americanas—, en el hemisferio sur lo encontraremos modulado a través de un nuevo orden público supranacional en progresivo desarrollo a partir del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los paulatinos avances en la integración latinoamericana, que permiten verificar un embrionario mercado de derechos fundamentales.

Este modelo ultraestatal opera de manera distinta respecto de los Estados, porque el nuevo modelo no es monopolístico: no existirá una sustitución del Estado nacional por un Estado supranacional, y consecuentemente no encontraremos un *global government*, aunque exista un *global governance*. De allí que se verificará la ruptura del paradigma *the state as unit*. Luego, lo anterior provocará un aumento del número de productores de derecho [*soft law*], el cual dejará de imponerse bajo fórmulas rígidas, determinando la pérdida de completitud, sistematicidad y unidad de los organismos jurídicos, en favor de la informalidad, para, finalmente, desagregar a los Estados, en los cuales sus órganos internos especializados establecerán relaciones con los órganos similares de otros Estados¹⁹.

2.1. El impacto de la crisis del Estado sobre el control público

Así presentados los términos del fenómeno de crisis y transformación del Estado, advertimos que los sistemas de control público vigentes, al permanecer estructurados sobre el viejo modelo “estadocéntrico”, se muestran insuficientes para receptar las transformaciones apuntadas, dado que los ordenamientos jurídicos globales, al escapar del dominio del Estado para integrar un derecho público no estatal, exorbitan también de la esfera estatal tanto a los sujetos—públicos o privados— cuanto a las relaciones jurídicas anudadas a su amparo. Un creciente ámbito de gestión de los intereses públicos escapa ya a la tradicional estructura burocrática de control. Por lo tanto, al paralelo desarrollo de un nuevo derecho debiera verificarse el paralelo desarrollo de un nuevo esquema de control capaz de aprehender la nueva realidad.

De esta manera, la formulación actual del control resulta insuficiente, porque al integrar solo al “Estado nacional”, pierde de vista la dimensión transnacional y al restringirse a las estructuras estatales entendidas como *sector público*, se ve limitado de comprender a la nueva *arena pública*²⁰, en las que se integran formas públicas no estatales y por formas estatales no públicas de gestión. A lo que se agrega: las reconfiguraciones tanto del contenido cuanto de los cotitulares de los intereses públicos y las transformaciones sobre la relación

¹⁹ Autor y obra citada p. 76.

²⁰ Cfr. Cassese, la noción de arena pública es entendida como el espacio en el cual se desarrollan la actividad pública y el intercambio Estado - sociedad. Señala que esta noción “indica un espacio, no prejuzga las posiciones de los sujetos que en él operan (el Estado arriba, los ciudadanos abajo, según el paradigma tradicional), no vincula el actuar de los sujetos a un tipo [...]. Permite, al contrario, la intercambiabilidad de los roles, la modificación de las relaciones, el comercio de la regla y de los principios ordenadores (cfr. autor y obra citados, p. 108).

de control provenientes de la aparición de nuevas formas de actuación del poder con la consecuente crisis sobre los principios, normas, procedimientos y estructuras mediante las cuales actuaban los sujetos integrantes de la tradicional relación de control.

Así, si como todo proceso estructural de poder requiere de un control, el actual proceso de crisis y transformación del Estado pareciera requerir de la discusión sobre los nuevos horizontes del control público, fronteras afuera, pensado a partir de la nueva realidad que nos presentan los ordenamientos públicos globales. Es que, como lo enseña el Profesor mexicano Diego Valadés, “el control del poder es una de las cuestiones comunes a todas las formas de organización del poder, a todos los sistemas políticos que han existido y a todas las preocupaciones de las sociedades y de los individuos en cualquier lugar y en cualquier época de la historia [...] las formas de control han estado presentes siempre en la organización y ejercicio del poder, aunque han variado de acuerdo con las concepciones dominantes de esa organización y de ese ejercicio, e incluso del origen mismo del poder”²¹.

Lo anterior nos pone frente a la necesidad de caracterizar brevemente tanto las formas que requiere el actual control público, cuanto su objeto, contenido y estructuración de sus relaciones, de lo cual también me ocuparé.

3. Sobre las formas de control de la Administración pública contemporánea

Inicialmente deseo remarcar lo dificultoso de delimitar el ámbito de actuación del control. Y esto es debido a la complejidad que apareja establecer no solo una noción de “control”, sino también determinar el ámbito de “lo controlado”: desde el tradicional sector público –el Estado, en última instancia– a las nuevas formas de actuación del poder, la arena pública en el marco de los ordenamientos públicos globales.

Ello no es fortuito. Como se analizó, estas dificultades obedecen a la crisis y “transformación” que viene operándose sobre el Estado nacional²². Todo ello impacta sin dudas sobre el control, y también sobre la diversidad de sujetos y objetos sobre los cuales recae y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta.

²¹ Valadés, Diego, *El control del poder*, *op. cit.*, p. 147. Resulta de interés destacar las consideraciones formuladas por el autor, al analizar los antecedentes históricos de las formas contemporáneas asumidas por el control público. Señala: “Uno de los problemas medulares de los sistemas políticos es el concerniente a la forma en que el poder es susceptible de ser controlado. Aun cuando la discusión moderna reporta el origen del tema al momento de los planteamientos de Locke y de Montesquieu, en especial por sus aportaciones a la teoría de la separación de los poderes y de los balances y contrapesos que deben existir en el ejercicio de las funciones del poder, el problema va más allá de su enunciación doctrinaria y está en el centro mismo de las formas de ejercicio del poder. Los poderes indisputados nunca han existido. Incluso en las etapas de más acentuado autoritarismo, los procesos de control [...] han estado presentes, como otra forma de equilibrio del poder. En Roma, Juvenal se preguntaba ‘*quid custodent custodens*’. La expresión es bastante elocuente: se trata de saber quién ejerce el control sobre el poder”. (Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 137).

²² Como vimos, esta crisis se exterioriza en la resignificación de la soberanía estatal –política y jurídica–, lo que determina la alteración de los sistemas de fuentes del ordenamiento y su consecuente crisis en la creación y en la aplicación del derecho en nuestros Estados.

Sin embargo, la variedad de significaciones y la consecuente pluralidad de conceptos en torno al control, no empañan una significación quizás nodal: el control es un derecho y, por tanto, “una manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernados sobre los gobernantes para garantizar que gobierne la mayoría y evitar la consecuente tiranía de esa mayoría”. Si bien desde otra perspectiva y partiendo de la expresión de Ely en su célebre obra *Democracy and distrust*, señala el catedrático Manuel Aragón que el control, como garantía y como actividad, debe responder a la finalidad de hacer efectivo el principio de limitación del poder. Así, “todos los medios de control, en el Estado constitucional, están orientados en un solo sentido y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos”²³.

En el Capítulo preliminar de su obra, *El control del poder*, el Profesor Diego Valadés se pregunta si es posible controlar el poder. Señala que controlar al poder contiene un enunciado en apariencia paradójico. La idea misma de poder parecería no dejar mayores espacios, sino mediante una utilización convencional del término, para pensar en su control. Merced a un gran esfuerzo disociativo, se plantea la “división del poder”, para lo cual se tiene que pluralizar lo que en esencia es unitario. Así, agrega: “[...] contra lo que se piensa, los procesos institucionales que se conocen como separación de poderes no se basan en la disminución de los efectos del poder, sino en su potenciación. La teoría newtoniana de los equilibrios inspiró el inteligente esquema de la separación de poderes. Uno de los efectos de esa relación es que los balances y contrapesos operan como fuerzas crecientes, no menguantes. En esa medida, y pensando en un sistema de equilibrios lo más cercano posible a lo ideal, tantas más atribuciones como se confieran a un órgano que ejerce funciones de poder, tantas más las que de manera agregada se irán incorporando progresivamente a otros órganos”²⁴.

Es entonces que, siguiendo al Profesor Valadés, diré que el control del poder supone dos niveles distintos de acción: por un lado, los que el poder se auto-aplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana²⁵. A la primera modalidad, y como razonada derivación de una teoría del poder, los denomina controles internos del poder. A su vez, a los segundos, los llama controles externos, los que suponen la intervención de agentes de la sociedad y debieran ser tributarios de una teoría de los derechos fundamentales.

²³ Cfr. Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 71.

²⁴ Autor y obra citada, p. 1

²⁵ Autor y obra citada, p. 3 Respecto de lo que llamaría las bases de los derechos fundamentales de participar en el control público, señala el autor: “[...] existe una fuerte tendencia reclamando el poder para la sociedad civil. Aparece como una opción la llamada ‘democracia participativa’, acompañada de un conjunto de organismos denominados ‘no gubernamentales’, y que demandan la ciudadanización de los instrumentos del poder, desde los órganos administrativos hasta los de contención política típica, como son los partidos. En rigor esta opción es una más de las intentadas para atenuar el peso del poder” (cfr. autor y obra cit., p. 2).

Ahora bien, sentado lo anterior, vemos que en lo atinente al control administrativo, este puede asumir la forma de “control sobre los actos” o “control sobre actividades”²⁶.

Los primeros pueden asumir la forma de control “directo” “sobre actos” cuanto de un juicio de conformidad a ciertas reglas –en los términos del Maestro italiano Giannini–, lo cual implicará en caso de disconformidad una medida represiva o preventiva o rectificadora²⁷. Esta modalidad tendrá por objeto concluir con la emisión de un juicio de valor –por parte del “controlador”–, el que tendrá por objetivo expresar o bien su conformidad, o bien su disconformidad, total o parcial. Como explica Giannini, en este punto, “la autoridad de control adoptará una medida –obviamente en tanto el ordenamiento específico así la faculte– destinada a poner en orden todo lo que no es conforme a la regla [...]”²⁸.

Los segundos comprenden a los controles indirectos de auditoría comprensivos del *auditing* y *budgeting*²⁹, por lo cual podrá estructurarse en base a requisitos de desempeño de los sujetos controlados, y se tratará entonces de un control de desempeño de los organismos públicos o de los sujetos encargados de gestionar cometidos e intereses públicos. Dentro de esta modalidad, el control podrá asumir la forma de un análisis de desempeño institucional en sus variados aspectos de gestión, legalidad, financiero, contable, etc., con base en indicadores o instrumentos de medición, que permitan la evaluación de los desempeños y sus logros.

Ambas modalidades no son incompatibles³⁰. Por el contrario, son complementarias, por cuanto mientras la primera procura evaluar la eficiencia y eficacia del desempeño en base a la significatividad y trascendencia de las acciones consideradas, en base a análisis de “muestreo” y en términos macro; la segunda centra su énfasis en el análisis de actuación por intermedio del control directo sobre los actos individualmente considerados. Así, se

²⁶ Cfr. Giannini, Máximo, *op. cit.*, p. 311: “[...] Por lo que se refiere a los controles jurídicos se suele distinguir entre control de actos y control de actividades. [...] El control de actos tiene por objeto actos singulares [...] El control de actividades se refiere, en cambio, a una actividad, ya sea en su conjunto, ya se refiera a uno de sus aspectos”.

²⁷ Cfr. Giannini, Máximo Severo, *Derecho Administrativo*, Traducción de Luis Ortega, Volumen Primero, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 311.

²⁸ Cfr. Giannini, *op. cit.*, p. 312.

²⁹ Explica Giannini, que “el llamado *auditing* es un control que aplica reglas de conveniencia administrativa y empresarial, con referencia al resultado alcanzado, en orden a la actividad desarrollada. [...] del *auditing* se ha derivado el control de gestión, que es un control más eficaz sobre la actividad administrativa. Es un control sobre la corrección de la ejecución y de las funciones; es informal, realizándose según reglas que varían según sea la actividad controlada; se realiza de forma contradictoria, pero libre y puede contener recomendaciones, órdenes o adaptaciones”.

³⁰ Ello así, ya que conforme explica Giannini, el control administrativo implica un juicio de conformidad a las reglas. Toda acción tiene sus reglas, que varían según el enfoque valorativo. Las normas han individualizado desde hace tiempo: a) El control de legalidad, cuyas reglas son normas jurídicas y el juicio se refiere a la conformidad con éstas de los actos o de las actividades. b) El control de fondo o incluso de oportunidad, o también, más brevemente, tutela, en el cual las reglas son preceptos de conveniencia administrativa. c) El control técnico que tiene un contenido muy variado en razón de las distintas disciplinas técnicas (autor y obra cit., p. 312).

permite una integración de la revisión sobre la actividad con el juicio sobre los actos, y, consecuentemente el dictado de las medidas correctivas, unido a instrumentos idóneos mediante los cuales se posibilite el seguimiento, de la acción anterior de control, para supervisar la implementación de las medidas adoptadas.

De las formas de control descritas, se derivan la índole de las medidas adoptadas por el órgano de control, las que en una clasificación meramente enunciativa podrán ser:

-Tratándose de control sobre actos: encontraremos las medidas represivas, impeditivas, preventivas y sancionatorias.

-Tratándose de control sobre actividades: encontraremos las medidas sustitutivas y prescriptivas.

Entre las primeras, Giannini llama medidas represivas a aquellas tendientes a emitir desaprobaciones, negaciones del visto bueno, y hasta incluso llegar a la anulación de los mismos. Las impeditivas serán aquellas que, anteriores al dictado del acto, impiden que el mismo adquiera eficacia. Luego, señala el autor, encontramos a las preventivas, en las que se interviene dentro de un procedimiento relativo al acto sometido a control, a fin de evitar que el acto proceda a su perfección. Finalmente, por intermedio de las medidas sancionatorias se afecta al titular de la repartición, o al ente administrativo, pudiendo ser pecuniarias, aflictivas –mediante calificaciones negativas– y llegar incluso al dictado de instrucciones complementarias, de tal manera que pueden converger medidas relativas a actos, con medidas relativas a actividades, en aras de la integridad del control.

Respecto de las medidas relativas al control de actividades: encontramos a las medidas sustitutivas, que son aquellas dictadas frente a omisiones administrativas en las que la autoridad de control, bien directamente o por medio de un oficio ejecutivo, lleva a cabo la actividad omitida. Las prescriptivas toman lugar cuando la actividad, aun habiendo sido desarrollada, presenta fallas, y consisten en la emisión de una orden de hacer o de no hacer³¹.

Sin embargo, apreciamos que la actuación del sistema de control argentino, en su nivel federal, sustituido el Tribunal de Cuentas de la Nación por la Auditoría General de la Nación, operó la consecuente supresión del sistema de control de actos y la modalidad de control previo. Con lo cual, la integridad del control se encuentra, de alguna manera, comprometida, por cuanto centrándose en controles indirectos y posteriores de *auditing*, éstos se limitan a la emisión de un informe final de auditoría en el cual se formulan “observaciones” concernientes a la porción de actividad considerada por intermedio de análisis de muestras.

No resulta extraño advertir que los poderes de imposición de los organismos de control sean nulos, por cuanto sus alcances solo llegan a la emisión de “recomendaciones de auditoría” para la corrección de los desvíos detectados en las observaciones.

Ello se corrobora a poco que se repare que *a posteriori* el organismo de control se encuentra también limitado en sus poderes, dado que solo se puede proceder a realizar

³¹ Cfr. la clasificación de Giannini, p. 313.

auditorías de cumplimiento, pero cuyo objeto será constatar el grado de acatamiento de las recomendaciones anteriormente formuladas.

El sistema de control argentino no faculta a sus órganos rectores a la adopción de ninguna de las medidas comentadas tendientes a constreñir al saneamiento de las situaciones controladas. No se admiten en la actualidad ninguna de las medidas presentadas. La ley argentina no provee un cuadro sancionatorio, ni un organismo ni, un procedimiento para efectivizarlas. No existen sanciones ni acciones correctivas propias de la acción de control.

Sin perjuicio de ello, y de la necesidad de fortalecer institucionalmente al control para superar sus déficits operativos, mediante el desarrollo de herramientas apropiadas, es necesario aclarar que, en función de la breve caracterización formulada, se estima impropio, ajeno e inconducente al control administrativo, considerar como instrumentos inherentes a su naturaleza, aquellas medidas que denominamos de naturaleza legal-judicial. Me refiero a las provenientes de la sustancia eminentemente disciplinaria sobre los funcionarios, las anulatorias de actos y procedimientos, las intervenciones, y las de la orden penal, entre otras.

Tales herramientas son ajenas a la llamada *relación de control* y se vinculan con una noción distinta; el llamado *poder de control*, el cual –como se explicó– se encuentra ínsito en la potestad jerárquica proveniente de la organización administrativa y supone la sumisión del órgano inferior al superior, bajo el principio de jerarquía comprensivo de las potestades de dirección y control, por lo cual conviene distinguirlos³².

Ello así, por un atributo central del control administrativo: la independencia de criterio y la oposición, que son atributos que solo pueden darse en la medida en que el “controlador” se encuentre orgánica, relacional y funcionalmente desvinculado del “controlado”.

Se agrega el hecho de que la utilización de las medidas referidas, a más de ser atributos del poder jerárquico, constituye la última ratio del poder jerárquico y prescinde de la riqueza y utilidad de una extensa gama de medidas que son el sentido del control como instrumento preventivo y contributivo a la mejora de la calidad de gestión.

Consecuencia de lo anterior resulta que tales medidas tampoco dan respuesta a una extensa gama de situaciones que sin llegar a configurar supuestos que las habiliten, requieren en cambio de implementación de otras tendientes al fortalecimiento de las estructuras, la modernización de los procedimientos y la optimización de la gestión en términos de una mayor cobertura de necesidades y satisfacción de los usuarios/beneficiarios de la gestión de los intereses públicos.

Aún así, cabe una última aclaración, si bien las medidas correctivas de naturaleza legal-judicial constituyen última ratio y resultan impropias de la función de control [la cual debiera ser preventiva y tendiente a optimizar la gestión]. Pero aún así, aunque se sostuviera que ello es coherente con la independencia y oposición del control de auditoría, quiere

³² Cfr. lo advierte Giannini, *op. cit.*, p. 314.

señalarse que la reforma administrativa argentina, que en materia de control público se instrumentó mediante la Ley de Administración Financiera de 1992, desarticuló en este punto los controles ya que no diseñó mecanismos, complementarios al *auditing*, encargados de implementar toda esa gama de situaciones referidas, para las cuales se prevé otro arco de medidas que exceden y son más eficaces que las represivas legales.

Con lo cual, quiero significar que desde esta óptica se advierte que el sistema de la LAF presenta el inconveniente de carecer de mecanismos para efectivizar esas medidas. Si bien, algunos ordenamientos locales, como por ejemplo la Ley de Administración Financiera de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 35, Ley N° 70), prevén sanciones, no se reglan los procedimientos y órganos encargados de efectivizarlas.

4. La doble crisis del control público

En mi opinión, el actual sistema de control público vigente en la Argentina presenta dos inconvenientes: El primero de ellos se vincula con el déficit operativo que el sistema vigente padece en la actualidad de mi país. El segundo, se determina por la inadecuación del control para aprehender las nuevas formas de gestión de lo público proveniente de los nuevos espacios jurídicos globales.

4.1. Sobre el déficit operativo

A continuación se presentarán los mecanismos de control público en Argentina tal como operan, para la observación de sus debilidades.

Para ello, es necesario relevar la estructuración del control en Argentina, explicando de qué manera los controles al “acto” y a la “actividad” –en los términos que se explicitaron– tomaron forma en mi país. Se aclara que no obstante el carácter complementario que ostentan ambos sistemas, en la Argentina no coexisten, habiendo sido suprimido el primero mediante un desarrollo parcial del segundo, a partir de la incorporación fragmentaria de la técnica de auditoría.

Respecto de dicha técnica de control, implantada universal y acríticamente de manera uniforme en variadas latitudes, nos interesará detenernos en la consideración de un informe del Tribunal de Cuentas Europeo, que revela las debilidades de ella, las cuales paradójicamente son demostrativas asimismo del carácter universal y uniforme de sus déficits. Ello, en la creencia de contribuir a la comprensión de las falencias del régimen actual.

4.1.1. El modelo de control en la Ley de Contabilidad (1956-1992). Breve caracterización del Tribunal de Cuentas de la Nación

Instituido en 1956 para el nivel federal, por el Decreto Ley de Contabilidad N° 23.354/1956, y disuelto en 1992 al crearse la Auditoría de General de la Nación –mediante la Ley de Administración Financiera N° 24.156–, constituía un organismo afin a la práctica

presupuestaria de nuestro país, cuya figura continúa subsistiendo en el ámbito provincial argentino³³. De allí la importancia de su consideración para los fines de este trabajo³⁴.

Los primeros ensayos institucionales de Tribunales de Cuentas se remontan al período colonial, apareciendo en el Río de la Plata, al crearse el primer Tribunal Mayor de Cuentas en 1767³⁵, hundiéndose –por tanto– sus raíces en la tradición jurídica iberoamericana.

Las funciones que le fueron atribuidas exorbitaron las exclusivas de un órgano de control externo del Estado. Ejerció el control previo y posterior de la Administración pública nacional, con una modalidad preponderante de *control sobre los actos*³⁶, cumpliendo funciones jurisdiccionales³⁷ –sobre los funcionarios gestores de las cuentas públicas–, consultivas y administrativas –por encontrarse integrado al circuito presupuestal–, detentando también potestad reglamentaria.

Por tanto, tenía a su cargo: el análisis de todos los actos administrativos que se refirieran a la hacienda pública, la intervención previa en los libramientos de pago³⁸, el examen y juicio de las cuentas de los responsables³⁹, la fiscalización de las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos⁴⁰. Entre sus funciones consultivas, era el órgano encargado de la interpretación del Decreto Ley de Contabilidad, a lo que se agrega el asesoramiento a los poderes del Estado en las materias de su competencia.

³³ A modo de ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires fue suprimido en 1821 y luego instituido en 1825 por el Gobernador Las Heras. (Cfr. Barraza, Schafrik, p. 90).

³⁴ Por exceder los límites del presente trabajo, no serán consideradas las funciones de contralor ejercidas por otros organismos tales como la Contaduría General, la Sindicatura General de Empresas Públicas y otros.

³⁵ Así lo dispuso la Instrucción de Carlos III del 12 de noviembre de 1767, que mandó que las Cajas Reales de Buenos Aires, Tucumán y Paraguay cesaran de rendir cuentas al Tribunal Mayor de Cuentas de Lima, como lo venían haciendo. (Cfr. Barraza, Schafrik, *op. cit.*, p. 89).

³⁶ Cfr. Art. 84 del Decreto Ley N° 23.354/1956, le competía: “inc. a) ejercer el control externo de la marcha general de la Administración nacional y las haciendas para estatales, b) la fiscalización y vigilancia de todas las operaciones financiero-patrimoniales del Estado [...], f) fiscalizar las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos”.

³⁷ Cfr. Art. 84 del Decreto Ley N° 23.354/1956, le competía: “inc. c) el examen y juicio de las cuentas de los responsables, intervenidas por las respectivas contadurías centrales, d) la declaración de responsabilidad y formulación de cargo cuando corresponda”.

³⁸ Cfr. Art. 34 del Decreto Ley N° 23.354/1956. Intervenia en los libramientos antes de que estos pasaran a la Tesorería General.

³⁹ A los funcionarios encargados de la administración de dinero, fondos, bienes etc., el Tribunal de Cuentas los atraía a su fuero y los juzgaba mediante el juicio administrativo de cuentas. En cambio, frente a situaciones de irregularidad de los funcionarios –incluso de aquellos no obligados a rendir cuentas– los juzgaba de acuerdo con el proceso denominado juicio administrativo de responsabilidad. (Cfr. Atchabahan, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 744).

⁴⁰ Cfr. Barraza, Javier; Schafrik, Fabiana, *El control de la Administración pública*, p. 79: “Esta tarea no fue efectuada cabalmente por este órgano, hasta la creación de la Corporación de Empresas Nacionales primero, y luego la Sindicatura General de Empresas Públicas”.

Mención aparte merece el ejercicio de la función de *observación* de los actos administrativos de contenido patrimonial⁴¹, con reserva de *insistencia* por parte del proponente.

Cabe señalar que junto con la atribución de intervenir anticipadamente al libramiento de fondos del Tesoro General, constituían el control previo que la ley le acordaba⁴².

Más allá de las críticas que se alzaron desde los distintos sectores, lo cierto es que este mecanismo constituía un instrumento eficaz para el ejercicio de un control en *tiempo real*, dado su cariz procedimental que constituía una válvula de cierre a la tendencial fuga de los controles, por parte de los sujetos controlados.

La obligación comentada desapareció al instaurarse el régimen de Administración financiera –bajo justificaciones de variada índole– y sin que haya sido sustituida por otra medida de índole similar.

Con el paso de los años, esta arquitectura fue universalmente criticada⁴³, y, en el caso de la doctrina nacional, se fustigó el ejercicio del control previo por parte del Tribunal de Cuentas, llegándose a sostener “disfuncional”, en razón de los cometidos por los que se le reconocía algún nivel de injerencia en la gestión administrativa⁴⁴, todo lo cual constituyó campo fértil para la supresión de los controles previos independientes y su sustitución por el régimen que se analizará en el acápite siguiente.

4.1.2. *El modelo de control instaurado por la Ley de Administración Financiera (1992 en adelante). La técnica de control de auditoría*

Las técnicas de control actualmente vigentes en Argentina se implementaron en 1992 con el dictado de la llamada Ley de Administración Financiera N° 24.156, norma que derogó al sistema anterior, el que sustituyó mediante la implantación de un nuevo modelo de control público⁴⁵, sin precedentes en nuestro país. Cesaron los anteriores organismos

⁴¹ Cfr. Art. 85 del Decreto Ley N° 23.354/1956, que establecía la observación de los actos administrativos cuando contrariaran o violaran disposiciones legales o reglamentarias, dentro de los sesenta días de haber tomado conocimiento de los mismos. A tales efectos dichos actos debían serles comunicados antes de entrar en ejecución. Por su parte, el Art. 87 disponía que las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas serían comunicadas al organismo de origen y suspenderían el cumplimiento del acto en todo o en la parte observada. (Cfr. Barraza, Schafrik, p. 95).

⁴² Cfr. Barraza, Schafrik, *op. cit.*, p. 95.

⁴³ Al respecto, Giannini explicaba: “[...] los controles sobre los actos (legalidad y oportunidad) están bajo sospecha: sirven bien poco en relación a su coste económico y burocrático, dejando al margen todas las actividades ejecutivas y técnicas. Están, en cambio, adquiriendo importancia los controles sobre la actividad, tipo *budgeting*, *auditing*, los controles de gestión y los controles internos de eficacia. Estos son, sin duda, los controles del futuro. [...] los controles de eficiencia exigirían, en las grandes administraciones, unidades internas específicas que pudieran establecer y controlar los flujos de trabajo de cada servicio, las técnicas de trabajo, la organización interna del trabajo, y el rendimiento del trabajo bajo los dos aspectos que en la ciencia de la Administración se denominan eficiencia y eficacia”. (Cfr. Giannini, *op. cit.*, p. 314).

⁴⁴ Al respecto, me remito a los comentarios expuestos en Barraza, Schafrik, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁵ Así, la norma establece: “Art. 1° - La presente ley establece y regula la Administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional [...]” y luego, “Art. 7° - La Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación serán los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente”.

rectores, resultando consecuentemente suprimido el control externo de carácter previo del Estado, a partir de lo cual el control externo quedó limitado a la modalidad *ex post facto*.

Cesado el Tribunal de Cuentas de la Nación, fueron creadas la Auditoría General de la Nación⁴⁶, como órgano de control externo *ex post*⁴⁷, la Sindicatura General de la Nación⁴⁸, como órgano de control interno del Poder Ejecutivo y sus dependencias⁴⁹, y se estableció

⁴⁶ Cfr. Art. 116, Ley N° 24.156, que establece: “Créase la Auditoría General de la Nación, ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional. El ente creado es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional. A los fines de asegurar ésta, cuenta con independencia financiera. Su estructura orgánica, sus normas básicas internas, la distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento serán establecidas por resoluciones conjuntas de las Comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, por vez primera. Las modificaciones posteriores serán propuestas por la auditoría, a las referidas comisiones y aprobadas por éstas. Su patrimonio estará compuesto por todos los bienes que le asigne el Estado nacional, por aquellos que hayan pertenecido o correspondido por todo concepto al Tribunal de Cuentas de la Nación y por aquellos que le sean transferidos por cualquier causa jurídica”.

⁴⁷ Cfr. Ley N° 24.156, Art. 117, se delimitan sus competencias: “Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la Administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos [...] los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos. [...] El control externo posterior del Congreso de la Nación será ejercido por la Auditoría General de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dispondrá sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación”.

Cfr. Art. 118, Ley N° 24.156, se pormenorizan sus funciones: “En el marco del programa de acción anual de control externo [...] tendrá las siguientes funciones: a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes; b) Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones; [...] e) Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público [...] g) Realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica [...], h) Auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros [...], j) Verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos [...]”.

⁴⁸ Cfr. se estableció en las siguientes normas de la Ley N° 24.156: “Art. 96: Créase la Sindicatura General de la Nación, órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional; Art. 97: La Sindicatura General de la Nación es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación [...] Art. 100: El sistema de control interno queda conformado por la Sindicatura General de la Nación, órgano normativo, de supervisión y coordinación, y por las unidades de auditoría interna que serán creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependan del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependerán, jerárquicamente, de la autoridad superior de cada organismo y actuarán coordinadas técnicamente por la Sindicatura General”.

⁴⁹ Cfr. Ley N° 24.156, Art. 98, se delimitan sus competencias: “En materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica”.

Cfr. Ley N° 24.156, Art. 104, se delimitan sus funciones: “Son funciones de la Sindicatura General de la Nación: a) Dictar y aplicar normas de control interno [...] coordinadas con la Auditoría General de la Nación, b) Emitir y supervisar la aplicación [...] de las normas de auditoría interna, c) Realizar [...] auditorías financieras, de

la obligación, de parte de cada entidad dependiente del Poder Ejecutivo, de crear “Unidades de Auditoría Interna”: órgano de control interno posterior, poseedor de la extraña cualidad de ser controlador y, a su vez, dependiente de la máxima autoridad de cada repartición, y que actúa bajo coordinación técnica de la Sindicatura General⁵⁰.

Se sostuvo que la nueva ley optimizó la gestión financiera y el control⁵¹, por lo cual se le atribuyeron una variedad de bondades, entre las que se cuentan –a título enunciativo– el haber propiciado la interrelación de sistemas de gestión pública, la centralización normativa y descentralización operativa, junto con el desarrollo de instrumentos más ágiles de control, tendientes al logro de un triple objetivo: economía, eficiencia y eficacia⁵².

Por otra parte, se dijo que el control de auditoría contribuía a la economía de los recursos afectados al control, habida cuenta de que el control sobre acciones implica una superación del control sobre actos, el que debido a su objetivo de procurar la completa legalidad y regularidad de todas las operaciones, generaba costes desproporcionados⁵³.

Principalmente, se reconoció como un acontecimiento de innovación –y por ello mismo digno de elogio– el hecho de que la Ley de Administración Financiera venga a estructurar a la gestión pública en base a la “teoría de sistemas”, lo que implicaría la institución de diversos sistemas para el funcionamiento financiero del Estado, de manera que aunque

legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones [...], e) Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, [...] g) Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna, [...] h) Comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna [...], j) Formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia; k) Poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público [...].”

⁵⁰ Cfr. Ley N° 24.156, Art. 102: “La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de los auditores internos deberán mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen”.

⁵¹ Al punto que estableció entre sus objetivos, el establecimiento de “un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior y de la auditoría interna” (cfr. Art. 4°, inc. ii).

⁵² Al respecto se sugiere ampliar de Fowler Newton, Enrique, *Cuestiones fundamentales de auditoría*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 2001; Merteikian, Eduardo, *Administración financiera y control*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997; Atchabahian, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, Depalma, 1999; Barraza, Schafrik, *op. cit.*, pp. 101 en adelante, entre otras obras.

⁵³ Entre las premisas de las que parten los controles de auditoría se sostiene que “no se puede esperar que un sistema asegure que todas las operaciones son correctas; en consecuencia, el alcance y la intensidad de los controles deberían proporcionar un equilibrio adecuado entre el costo global de su realización y los beneficios globales que aportan” [cfr. “Información de apoyo al dictamen n° 2/2004 del Tribunal de Cuentas de la Comunidad Europea sobre modelo de ‘auditoría única’ (y una propuesta de marco de control interno comunitario)”, pto. 25, pp. C 107/7].

cada uno de ellos poseyera funciones específicas, existiera una verdadera interrelación de los órganos que los conforman entre sí⁵⁴.

Luego, en la racionalidad de la ley, esos sistemas resultarían integrados en un ámbito material subjetivo—dentro del cual tome forma la actuación de la gestión pública y mediante el cual se precisen los contornos de la función administrativa—, denominado *Sector Público Nacional*⁵⁵, noción mediante la cual se busca caracterizar a la Administración pública.

Sin embargo, el nuevo régimen se limitó a diseñar tales sistemas de contabilidad - presupuesto público y control financiero, pero al no desarrollarlos de manera adecuada ni detallar sus condiciones de operatividad, se afectó un elemento esencial en la construcción de un sistema: el nivel de interrelación necesario para el logro de la postulada “centralización normativa y descentralización operativa”.

De esta manera, la afectación de las condiciones de operatividad del “sistema de administración financiera” redundó en la restricción de los consecuentes niveles de operatividad de los mecanismos de control de auditoría previstos en el nuevo régimen. Y ello porque la técnica de auditoría presupone la previa existencia de un sistema en funcionamiento al que controlará.

Sobre este punto, para la comprensión de la racionalidad aspirada por intermedio de la Ley de Administración Financiera argentina y el dimensionamiento de algunas aristas del déficit operativo de los controles de auditoría en Argentina, creo necesario reparar en los atributos principales de un sistema y su control.

⁵⁴ Cfr. Barraza, Schafrik, *op. cit.*, p. 103. Al respecto, el Art. 2º de la Ley N° 24.156 dispone: “La Administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado”.

⁵⁵ Cfr. Ley N° 24.156, Art. 8º: “Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración nacional, conformada por la Administración central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades”. Y complementando luego el Art. 120: “El Congreso de la Nación, podrá ser su competencia de control externo a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado Nacional, o a las que éste se hubiere asociado incluso a aquellas a las que se les hubieren otorgado aportes o subsidios para su instalación o funcionamiento y, en general, a todo ente que perciba, gaste, o administre fonos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública”.

Así, debe señalarse que un sistema es un conjunto de elementos que se interrelacionan de manera regular y ordenada para la consecución de determinados objetivos⁵⁶. Ello presupone el desarrollo de un detallado y pormenorizado marco de actuación –normativo– pero que a la vez posea la ductilidad necesaria para permitir las adaptaciones y adecuaciones que las necesidades organizacionales requieran.

Inicialmente apreciamos que, no obstante el sistema de administración financiera haber sido diseñado por ley –con base en el programa de reforma de la Administración financiera y gubernamental–, su estructuración resultó parcial.

No se desarrollaron de manera pormenorizada las normas, procedimientos y estructuras adecuadas que permitan su interrelación, atentando ello contra la eficiencia de los procesos de auditoría. Ello se comprueba a poco que se repare en la estructuración de los controles dentro de esta lógica de sistemas.

Como lo explica Enrique Fowler Newton: “En todo control de un sistema operante intervienen cuatro elementos:

- a) Un objeto a examinar, que puede ser:
 - 1. La producción del sistema durante cualquier etapa del proceso;
 - 2. Una condición resultante de dicha producción;
- b) Un método censor que permita medir las características o condiciones controladas;
- c) Una unidad de control (el sujeto del examen) que compara los datos medidos con el rendimiento planeado, determina la necesidad de correcciones y la informa a:
- d) Un grupo capaz de efectuar las correcciones del caso.

En consecuencia, lo que se postula es que la auditoría se caracteriza como la función de control de un sistema o conjunto de sistemas, por lo que resulta que bajo este enfoque la auditoría será siempre auditoría de sistemas, consistiendo de tal manera en la revisión sistemática y organizada de los sistemas en funcionamiento para ver si en ellos se verifican las propiedades descriptas⁵⁷.

De allí entonces que el control de auditoría consista en: “[...] el examen del funcionamiento de un sistema o parte de él para controlar si sus características o condiciones responden a un sensor previamente establecido. En toda auditoría existe un propósito, un sujeto (el auditor), un objeto (lo que se examina), una acción (el examen) y un sensor que actúa como punto de referencia. Como resultado de la auditoría se emite un informe que puede ser empleado para corregir las desviaciones observadas o constituir un mero dato informativo⁵⁸”.

⁵⁶ Cfr. Fowler Newton, Enrique, *Cuestiones fundamentales de auditoría*, Buenos Aires, Macchi, 2000, p. 3.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, p. 4.

⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 64.

Por tanto, conforme el autor citado, las condiciones necesarias para la realización de una auditoría serán: 1) que el sistema y sus controles internos sean auditables, 2) que exista un sensor perfectamente definido, y 3) que el auditor sea independiente e idóneo⁵⁹.

Sentado lo anterior, se comprende que los controles de auditoría sean externos y se cumplan *ex post facto* –un control de controles–, de suerte que los controles previos se correspondan con los internos, razón por la cual estos debieran hallarse estructurados en la línea y en el grado.

Luego, la estructura de control debiera ser *piramidal*⁶⁰, presuponiendo la existencia –en la base de la pirámide– de un *ambiente de control* adecuado, estructurado sobre controles de línea, previos e internos⁶¹, complementado por un subsistema de *controles cruzados* dentro de la línea de mando que operen *blindajes técnicos* impeditivos de desvíos, para la consolidación de un control integral e integrado⁶².

Sin embargo, lejos estamos de ello. No se ha logrado aún la implementación de los atributos operacionales definidos por la Ley mencionada como necesarios para la efectiva vigencia del nuevo modelo, por cuanto se han desarrollado fragmentariamente –o en muchos casos, directamente no se han desarrollado– los mecanismos de control interno adecuados para prevenir - detectar - corregir errores e irregularidades y asegurar la consecución de los objetivos de las entidades, todo lo cual requiere consecuentemente de un conjunto de sistemas de controles dentro de los cuales se incluyan: i. la estructura organizativa, ii. los métodos, iii. los procedimientos, iv. la auditoría interna.

Así, mediante los mismos, debiera asegurarse la estructuración de mecanismos para: la protección de activos y recursos, el desarrollo de blindajes legales previos, el aseguramiento de una registración contable que garantice su completitud y exactitud, y la emisión de información financiera oportuna y fiable, etc.

⁵⁹ Finalmente, todo informe de auditoría, en cuanto comunica información, debiera cumplir con los requisitos enunciados por la teoría de la información, entre los que se destacan los de relevancia, objetividad, oportunidad, precisión, integridad, claridad, suficiencia, prudencia, normalización, sistematicidad, verificabilidad, certidumbre, confiabilidad, practicabilidad y productividad. (Cfr. Fowler Newton, Enrique, *op. cit.*, pp. 64, 66 y 67).

⁶⁰ Cfr. postulan las normas de COSO (Comité of Sponsoring Organisations of the Treadway Comisión).

⁶¹ Cfr. Ley N° 24.156, Art. 101: “La autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional será responsable del mantenimiento y de un adecuado sistema de control interno que incluirá los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna”.

⁶² Cfr. Ley N° 24.156, Art. 103: “El modelo de control que aplique y coordine la sindicatura deberá ser integral e integrado, abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

A poco que se reconozcan estos déficits se comprueba que en la práctica, habiendo desaparecido técnicas como la observación, propias del control previo y, encontrándose centrado exclusivamente en el control posterior de auditoría, se verifiquen serias debilidades estructurales en materia de control preventivo. Careciendo de procedimientos internos que permitan la realización de un blindaje técnico, articulando gestión y control, encontramos que el desarrollo fragmentario de los mecanismos implementados por el sistema de administración financiera ha determinado la desvinculación, en términos de procedimiento, de la gestión al control.

La debilidad en los controles previos determina la necesidad de que los mecanismos de control externo realicen esfuerzos complementarios determinados por tareas investigativas previas, de relevamiento, de evaluación de la significatividad y trascendencia de las acciones a controlar. Dentro de este contexto no es extraño advertir que si el auditor no desarrolla sus mejores esfuerzos para realizar análisis de riesgos, relevar el universo de actividades llamado a controlar, previo a la extracción de muestras representativas⁶³, difícilmente podrá tomar conocimiento cabal respecto de aquellas acciones que puedan comprometer, en alguna medida, al erario público. Por lo tanto, desmontados los procedimientos de intervención previa, podría afirmarse que el control incurre en la paradójica pérdida de control sobre su ámbito. El control ya no revisará toda la acción pública, verá solo lo que pueda, lo que le muestren o lo que quiera.

4.2. Balance de lo expuesto

Como consecuencia de lo expuesto, aprecio que el déficit operacional que actualmente presenta el control público en Argentina, se produce, en mi opinión, principalmente por dos causas. La primera, porque se sustituyeron los controles previos por los controles posteriores, no obstante que ambos resultan necesarios y complementarios.

La segunda, porque no obstante lo anterior, el nuevo sistema se desarrolló de manera fragmentaria, por cuanto, como se señaló, se omitieron prever normativamente los atributos operacionales del sistema. Por lo tanto, paradójicamente, su funcionamiento se volvió asistemático, ya que los nuevos mecanismos de control funcionan de manera desconectada y superpuesta entre sí, e incluso desconectados respecto de la gestión llamada a controlar.

4.3. Debilidades de los controles de auditoría. Importancia de la situación en la Unión Europea. El Dictamen N° 2/2004 del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas⁶⁴

Habiendo caracterizado alguno de los inconvenientes que presenta el control público en Argentina, puede advertirse que tales problemas, en alguna medida, encuentran su réplica en el plano internacional, si bien con las modulaciones propias de los distintos contextos sobre los que operan.

⁶³ Las técnicas de muestreo están destinadas a proporcionar una estimación de una característica determinada de una población de operaciones, sirviendo para identificar ámbitos de riesgo concreto.

⁶⁴ Diario Oficial de la Unión Europea, 30-4-2004, C 107/1, en adelante.

Los condicionamientos que atentan contra la operatividad plena de los controles internos derivados del desarrollo asimétrico de los diversos sistemas de gestión y sus consecuentes dificultades de interrelación, han sido objeto del dictamen del Tribunal de Cuentas Europeo, “sobre el modelo de auditoría única (y una propuesta de marco de control interno comunitario)”, a partir de la emisión de un informe preliminar⁶⁵ cuyo contenido y recomendaciones resultan de utilidad ser relevados en el presente.

El trabajo tuvo como objetivo lograr que: “[...] cada uno de los niveles de control se base en el anterior, con vistas a reducir la carga sobre el objeto de auditoría y aumentar la calidad de las actividades de auditoría, sin minar, no obstante, la independencia de las instituciones de control”⁶⁶, tendientes a la obtención de “un marco de control interno comunitario, que constituya un marco racional para concebir nuevos sistemas o desarrollar los sistemas de control interno existentes, a partir de unos principios y normas comunes”⁶⁷.

El dictamen produce una evaluación de las fortalezas y debilidades alcanzadas por el control en la Unión y revela la insuficiencia de los mecanismos⁶⁸ universalmente montados de manera uniforme⁶⁹.

El trabajo es de interés por cuanto recepta déficits internos propios de los controles de auditoría⁷⁰, reconociendo de manera saliente que, “pese a los recientes progresos realizados en la mejora de los numerosos y diferentes sistemas, su calidad permanece, no obstante,

⁶⁵ Titulado: “Información de apoyo al Dictamen N° 2/2004 del Tribunal de Cuentas sobre el modelo de “auditoría única” (y una propuesta de marco de control interno comunitario)”, de 18 pp. (Diario Oficial de la Unión Europea, 30-4-2004, C 107/3 en adelante). Estos trabajos tuvieron su origen en marzo de 2002, cuando el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que elaborara un informe sobre la viabilidad de introducir un modelo de auditoría única aplicable al presupuesto de la Unión Europea.

⁶⁶ Cfr. Decisión N° 2002/444/CE, CECA, EURATOM del Parlamento Europeo, del 10 de abril de 2002, relativa a la aprobación de la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2000.

⁶⁷ Cfr. Dictamen, pto. 3°.

⁶⁸ Cfr., consid. 7°, p. C 107/1, “si bien se han realizado progresos importantes a la hora de mejorar los sistemas de control interno, aún es preciso perfeccionar su concepción, estableciendo objetivos claros y coherentes, asegurando una coordinación eficaz, suministrando información sobre los costes y los beneficios y garantizando una aplicación coherente de las normas”. Agregando: “[...] los sistemas de control interno de los ingresos y gastos de la unión europea deberían garantizar que dichos ingresos y gastos se han obtenido y se han efectuado, respectivamente, de conformidad con las disposiciones legales y se han gestionado con el fin de conseguir una optimización de los recursos”.

⁶⁹ Lo cual resulta objeto de valoración en el dictamen, Cfr. consid. 10, al decir: “[...] las normas de auditoría internacionales, elaboradas, concretamente, por la Internacional Federation of Accountants (IFAC) y por la INTOSAI, constituyen un marco para la relación entre el control externo y el control interno, así como para la utilización del trabajo de otros auditores”.

⁷⁰ Cfr. pto. 16 del “Informe”, p. C 107/6: “La eficacia de los sistemas de administración y de control de los ingresos y gastos de la Unión Europea, en lo que se refiere a su concepción o aplicación, ha sido causa de preocupación durante muchos años. Desde que fue creado, el Tribunal ha detectado numerosos ejemplos en los que el control ha resultado escaso o inexistente [...]. Ello ha conducido a errores e irregularidades o a un empleo ineficiente o ineficaz de los fondos [...]”.

variable, sin que exista una visión global o una coordinación de los mismos ni mecanismos que garanticen que las mejoras efectuadas en un sistema concreto se tengan en cuenta para perfeccionar los demás”⁷¹.

Lo expuesto, trata, de alguna manera, de lo que se señaló más arriba respecto del control en Argentina.

Como principales señalamientos, se destacan los siguientes:

1. Falta de claridad y de coherencia de los objetivos: “Los marcos actuales de control interno han evolucionado de manera poco sistemática, en momentos diferentes y con pocas muestras de coordinación [...] no se determinan los objetivos globales o específicos de los distintos sistemas, de manera que resulta difícil establecer nuevos sistemas que respondan a la calidad requerida, definir el nivel de recursos necesario, juzgar los resultados obtenidos y constituir una base para futuras auditorías”⁷².

2. Falta de coordinación: “Los organismos de control no tienen una obligación formal de coordinar la planificación de esos controles ni de tener en cuenta las verificaciones efectuadas por otros. La falta de coordinación implica el riesgo de que las distintas instancias de control terminen realizando inútilmente el mismo trabajo [...]”⁷³.

3. Aplicación incoherente: “[...] no existe coherencia en cuestiones básicas como el enfoque, el alcance, los calendarios, la cobertura, los márgenes y el seguimiento, produciéndose diferencias en la calidad de los controles”⁷⁴.

Como consecuencia de las disfunciones brevemente presentadas, el trabajo citado establece lineamientos para la reforma de los marcos de control interno, los que dan cuenta de la crisis producida por los déficits internos. Se destacan los siguientes:

a) En cuanto a los objetivos de los sistemas de control interno:

1° “Resulta esencial que los objetivos de los sistemas de control interno se definan y difundan con claridad y por completo. Los objetivos generales serán comunes a todos los sistemas de control interno, mientras que los más detallados dependerán de las características de cada ámbito concreto”⁷⁵.

b) En cuanto a las condiciones:

2° “Los controles deben efectuarse de manera abierta y transparente permitiendo a todas las partes del sistema aprovechar los resultados”.

Ello no es otra cosa que el requisito de interconexión entre los sistemas de manera de fortalecer la integridad del control. El requisito fundamental para ello, el informe lo

⁷¹ Cfr. pto. 17 del “Informe”, p. C 107/6.

⁷² Cfr. “Informe...”, pto. 19, p. C 107/6.

⁷³ Cfr. “Informe...”, pto. 23, p. C 107/7.

⁷⁴ Cfr. “Informe...”, pto. 28, p. C 107/7.

⁷⁵ Cfr. “Informe...”, pto. 35, p. C. 107/8. Ello, fundado en la racionalidad de que los sistemas de control interno deben garantizar que se adopten medidas correctoras y se efectúen las recuperaciones correspondientes, por lo cual, “los procedimientos de control únicamente resultan eficaces si se lleva a cabo una acción correctora completa y oportuna de los errores hallados en las operaciones y de las debilidades de los propios sistemas”.

encuentra en la necesidad de que “la legislación [...] deberá ser clara y mostrarse exenta de ambigüedades [...] Dichas normas y reglamentaciones deberían reducir al mínimo las posibilidades de efectuar interpretaciones diferentes, sin imponer requisitos que los controladores o auditores no puedan verificar después”, debido a que “cuanto más exigentes y difíciles sean las normas mayor será el riesgo de que se incumplan”⁷⁶.

c) En cuanto a la estructura:

3º “Los sistemas de control interno deberían basarse en una cadena eficaz de controles que funcionen siguiendo normas comunes y donde cada nivel cuente con objetivos definidos específicos que tengan en cuenta el trabajo de los demás”⁷⁷.

Lo expuesto determinará que para la efectiva aplicación del control se requiera, por un lado, del desarrollo de normas y objetivos claramente definidos para los sistemas de control interno, que constituyan una base objetiva a partir de la cual el control externo pueda evaluar su concepción y funcionamiento; y por el otro, del establecimiento pormenorizado de los requisitos y procedimientos de los sistemas de control en todos los niveles del proceso, implicando ello el desarrollo de marcos normativos de control basados en reglas claras de “método - cobertura - calidad” que permitan la uniformidad de procedimientos⁷⁸.

4.4. Déficit internos del control público: síntesis

A esta altura de la exposición, podemos aventurar que se verifican los siguientes déficits en el sistema de control vigente en Argentina:

1. *Restricciones en cuanto al alcance del control*: El sistema legal vigente permite solamente el ejercicio del *control posterior*, por intermedio de un control de auditoría, habiéndose suprimido los controles *previos y concomitantes*.

2. *Falta de independencia y retrasos en el ejercicio de los controles*: Dado que los organismos de control requieren la previa aprobación, tanto de su Plan de trabajo, cuanto de sus informes finales, por parte del Congreso, el sistema termina por volverse burocrático y el control corre el riesgo de descontextualizarse.

3. *Ausencia de efectos jurídicos concretos a consecuencia del control*: Dado que toda la acción de control concluye con la emisión de un informe de auditoría, el controlador carece de potestades correctivas de los desvíos detectados, pudiendo solamente realizar posteriores controles de cumplimiento.

⁷⁶ Cfr. “Informe...”, ptos. 37 y 38, p. C 107/9.

⁷⁷ Cfr. “Informe...”, pto. 39, p. C 107/9. Lo señalado implica la necesidad de que el sistema se construya en base a una estructura funcional, en la que los procedimientos se efectúen y los resultados se registren, de manera de permitir aprovechar el trabajo, a todos los interesados.

⁷⁸ Cfr. “Informe...”, ptos. 45 - 49, p. C 107/10. La idea central es la de establecer lo que el informe llama “una cadena de control” basada en pautas de objetividad, mediante las que se posibilite que los auditores del nivel central aprovechen el trabajo realizado por otros, con independencia de por quién y en qué lugar se lleven a cabo.

4. *No integración de los particulares a la relación de control público*: Los particulares solo poseen reconocido –y con cortapisas– el derecho de acceso a la información pública, más un errático conjunto de derechos de participación que en el ámbito de la Administración confluyen, básicamente, en el sistema de audiencias públicas si bien con la previsión de ausencia de vinculatoriedad de la decisión para con las conclusiones que se viertan en el acta de cierre. Ahora bien, estos incipientes reconocimientos de mecanismos activos de participación, unidos a una legitimación procesal en lo contencioso administrativo de carácter amplio y en progresiva expansión, nos permitiría inferir que no resultaría descabellado sostener que el próximo paso sea lograr el desarrollo de mecanismos efectivos de intervención –no ya la sola participación– en algunas de las instancias que integran los ciclos de control público dentro del modelo actual, tal como ha ocurrido con ensayos de auditoría ciudadana, las cuales fracasaron por el desaliento de su nula vinculatoriedad. A poco que consideremos que nuestras modernas constituciones están transitando del tradicional modelo “constitucional representativo” –en el que el pueblo solo deliberaba y gobernaba mediante sus representantes– a un nuevo modelo “constitucional participativo” –en cuyo eje se centra el ciudadano/particular/persona humana como acreedor de toda relación de derecho público–, podremos verificar la racionalidad de lo expuesto y la coherencia de este hito que estamos proponiendo: el reconocimiento de un nivel de intervención efectiva del individuo en las acciones de control público. Claramente nada de ello aún acontece, no obstante contar con su expreso reconocimiento en el plexo constitucional y supraconstitucional –el sistema internacional de derechos humanos–. Este es un déficit del actual sistema de control respecto del cual trato en la Parte II de este trabajo.

4.5. *Sobre el déficit por inadecuación del control a las nuevas formas de gestión de lo público provenientes de los nuevos espacios jurídicos globales*

La breve caracterización realizada nos muestra un sistema, con déficits internos pero a la vez con déficits externos, por haber sido desarrollado desde un modelo “estadocéntrico”, todo lo cual contribuye a acentuar su déficit de comprensión de la nueva realidad llamada a controlar.

De allí nuestro interés en remarcar de qué manera el modelo de Estado y su crisis condiciona la eficiencia del control público y requiere de su adaptación, por cuanto advertimos: en primer lugar, que se transforma el ámbito y objeto del control: de la noción explicitada de *sector público* se pasará a un ámbito mayor y de contornos aún no precisados de *arena pública*, y, consecuentemente del Estado Nación como monopolizador del poder al *global governance*.

En segundo término, vemos que el fenómeno anterior transforma la relación de control, por la aparición de nuevos sujetos actores del poder, en reemplazo de las tradicionales formas del poder público, y por la reconfiguración del interés público comprometido en el control que reconocerá en los individuos particulares a un nuevo cotitular.

Así, la primera inadecuación se determina por la incidencia de los ordenamientos jurídicos globales que al escapar al dominio del Estado e integrar un derecho público no estatal, fomentan el desarrollo de relaciones que no resultan aprehendidas por los esquemas de control tradicional.

Por lo tanto, el centro del control deberá desplazarse del Estado al orden global.

Como señala el Profesor italiano Sabino Cassese: “La globalización y las interconexiones internacionales producen la desterritorialización de las actividades económicas. Los Estados, que operan sobre territorios delimitados, terminan por ser desplazados, produciéndose una asimetría entre economía y Estado, en la cual encontramos que por una parte hay naciones sin riqueza y, por otra parte, riqueza sin naciones”.

Por lo tanto, al paralelo desarrollo de un nuevo derecho debiera verificarse el paralelo desarrollo de un nuevo esquema de control capaz de aprehender la nueva realidad.

Sin embargo, la formulación actual del control no alcanza, ya que, por un lado, su objeto de estudio comprende solo los específicos organismos administrativos del Estado nacional, de manera tal que determinados sujetos privados que operan poderes públicos, quedan exentos de control.

En nuestra realidad posprivatizadora, el caso paradigmático lo representa el infructuoso intento de controlar a las prestatarias de servicios públicos, no obstante que la Ley de Administración Financiera las incluye dentro del sector público controlable.

Ello se debe a que el alcance de control en la actualidad es muy limitado, ya que si bien le alcanza respecto del cumplimiento de obligaciones contractual, el vasto espectro de gestión de intereses públicos queda relevado del control.

Por otro lado, pierde de vista la dimensión internacional de la actuación pública que progresivamente va desarrollándose; dicho segmento de actuación, cada vez más creciente, queda exento de control.

Y finalmente, el control público en la actualidad, como se vio, restringe su revisión a una organización estatal entendida como sector público, noción inidónea para abarcar la nueva arena pública, noción que integra formas públicas de actuación no estatales y formas estatales de actuación no públicas.

4.6. Atributos del control público en el marco de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos

Conforme lo hasta aquí expuesto, apreciamos que el nuevo ámbito de determinación de los intereses transformará los mecanismos por los cuales se ejerce el control.

De esta manera, las nuevas estructuras de poder presentarán una compleja mezcla de componentes y elementos jurídicos nacionales, sectoriales, internacionales y supranacionales, mutando la actual estructura administrativa sobre la cual se estructuró el control vigente y determinando que una porción creciente de la circulación del poder quede exenta de control.

Como lo dijimos, verificamos que el objeto de control ha dejado de ser solamente Administración pública estatal, el *acto* como forma de expresión de su voluntad y la *acción estatal*, entendida como gestión administrativa.

Las nuevas formas de gestión de lo público y lo privado requieren el desarrollo de un mecanismo de control público que atienda las tensiones que se desarrollan a causa de las nuevas formas de convivencia entre los distintos ordenamientos nacionales, internacionales y supranacionales.

En consecuencia, vemos que dentro de los ordenamientos públicos globales el nuevo control tendrá, entre otros, los siguientes objetos:

1. El relevamiento del estado o grado de avance de la nueva disposición de los poderes públicos sobre nuestras realidades junto con la detección de las asimetrías existentes.
2. La detección de las ambigüedades, contradicciones y desvíos producidos por la aplicación del orden complejo de ordenamientos nacionales, internacionales y supranacionales.
3. La evaluación de los mecanismos de auto-ordenación de tales ordenamientos.
4. La determinación de las situaciones que requieren de adaptaciones recíprocas provenientes de las nuevas formas de convivencia entre los distintos ordenamientos.

Finalmente, advertimos que siendo el proceso de vertebración política del *global governance* distinto al de conformación de los Estados nacionales, los mecanismos de control que le sirvan no podrán ser pensados desde la lógica organicista del Estado nacional.

Y entonces, así, si como todo proceso tiene un control, el actual proceso de crisis y transformación del Estado parece invitarnos a producir una discusión sobre los nuevos horizontes y contenidos del control.

5. Conclusiones

Las consideraciones expuestas hasta aquí evidencian que la Argentina, como integrante de la realidad latinoamericana, se encuentra dentro de un proceso de “internacionalización” de su ordenamiento jurídico interno.

Sin dudas, la reforma constitucional de 1994 ha producido una profunda transformación del ordenamiento jurídico argentino, reconfigurando el sistema de derechos y el sistema del poder, desplazando los ejes de producción y aplicación del derecho, fronteras afuera.

Para quienes somos hijos de la reforma constitucional argentina de 1994, es deseable que este nuevo orden logre ser lo suficientemente debatido en cuanto a sus contenidos y alcances para evitar que nuestra futura producción jurídica incurra en las contradicciones que dominaron la escena jurídica argentina de buena parte del siglo XX y así evitar el acaecimiento de aquel fenómeno que el Padre Fundador de la Constitución Argentina, D. Juan Bautista Alberdi, describió hace casi 150 años atrás en su célebre obra: *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*.

Nuestro Padre Fundador nos advirtió en los siguientes términos: “Todas las libertades económicas de la constitución pueden ser anuladas y quedar reducidas a doradas decepciones, con solo dejar en pie una gran parte de nuestras viejas leyes económicas, y promulgar otras nuevas que en lugar de ser conformes a los nuevos principios, sean conformes a nuestros viejos hábitos rentísticos y fiscales, de ordinario más fuertes que nuestros principios”⁷⁹.

Como corolario final diré que la profunda transformación operada en nuestros ordenamientos constitucionales evidencia una modificación sustancial en la relación de control público, presentándonos el siglo XXI, un entramado de realidad complejo: bajo la internacionalización de los ordenamientos, la ampliación de los plexos constitucionales y la especificación de los derechos fundamentales, se determina una nueva modulación entre lo público y lo privado.

Todo ello nos invita a pensar el sistema jurídico desde una renovada perspectiva iberoamericana integrada; es una invitación a pensar la novedad.

PARTE II. LOS NUEVOS HORIZONTES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

“El futuro, señores, es de ustedes. Hemos sido llamados para hacer nuestra parte en un proceso sin tiempo. Mucho después de mí, estarán aquí para hacer su parte, y llevar la antorcha adelante. Sé que la llama brillará, mientras la antorcha este en sus manos”.
(Benjamín Cardozo, *The nature of the Judicial Process*)⁸⁰

1. Introducción

La figura del Defensor del Pueblo en Argentina, y, creo que en Latinoamérica toda, tiene ante sí nuevos horizontes de expansión, y, nuevos ámbitos de tutela, determinados por la progresiva expansión de los derechos humanos fundamentales de control público, que en la actualidad encuentra a nuevos sujetos cotitulares del interés público implicado en la relación de control, y, unido a ello encuentra nuevos soberanos, nuevas formas de actuación del poder público, que a su vez aparecen dotados de poderes de imposición e intervención más intensos, sofisticados e imperceptibles, que las tradicionales y previsibles técnicas de gestión provenientes del derecho público decimonónico. Sin dudas, como discutimos en la Parte I, descubrimos que el siglo XXI nos ha puesto en presencia de aquella novedad, en los términos en que comentamos el impacto de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos sobre los mecanismos internos de control público de los Estados iberoamericanos.

⁷⁹ “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, *Obras Completas*, T. IV, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, p. 185.

⁸⁰ New Haven, Yale University Press, 1921, pp. 179-180.

Vimos que esta novedad, de naturaleza compleja, obedece principalmente a la crisis y transformación de los Estados nacionales. Y, que en mayor o menor medida, esta crisis ha impactado sobre las categorías, las estructuras y la relación de control público, desarrolladas durante el siglo XX. Ello, en razón de la indisoluble relación existente entre Estado y sistemas de control público, que impide reflexionar sobre la racionalidad de los mecanismos de control sin antes reflexionar acerca de la progresiva erosión de los paradigmas del Estado, en los términos citados en la Parte I.

Así, vemos que el control público se ha transformado, y, ello, principalmente debido a que la nueva modulación entre lo público y privado, que consecuentemente opera una reconfiguración de intereses públicos y privados, determinará, para el control público, las siguientes transformaciones, entre otras: la integración de nuevos sujetos a la relación de control, tanto por la expansión progresiva –e históricamente situada– de los derechos fundamentales de control público, cuanto por el surgimiento de nuevas formas de actuación del poder encarnadas en sujetos distintos de los Estados, todo lo cual requerirá, como contrapartida, el desarrollo de una mayor sofisticación en cuanto a las técnicas de control, actualmente existentes, y, determinando una mayor complejidad en la estructuración de las nuevas relaciones de control.

Y ello, porque el control tiene ante sí el desafío de adecuarse a este nuevo derecho público que se está desarrollando, como lo hemos analizado en la Parte I.

Ello nos invita a repensar al control público, a partir de las transformaciones, lo cual será para nosotros la posibilidad de analizar al control a partir de los derechos fundamentales.

2. Problemática del control público vinculada al sistema de derechos

Ello por cuanto los sucesivos mecanismos legales de control administrativo “interno” y “externo” del Estado, desarrollados en Latinoamérica, evidencian que han sido pensados como un atributo del Poder del Estado. No han sido tematizados desde las garantías del orden constitucional, sino que fueron tradicionalmente teorizados desde el núcleo de las prerrogativas estatales.

Con un agravante para mi país. En la actualidad, no obstante que la reforma de la Constitución Argentina de 1994 incidió de manera decisiva sobre el proceso, denominado por el Profesor Jorge Salomoni, de internacionalización del ordenamiento interno, y que además, complementó las garantías provenientes del plexo constitucional mediante la recepción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, encontramos que tamaña arquitectura constitucional no encuentra su contrapartida en un consecuente ordenamiento jurídico–tributario del sistema de derechos fundamentales– mediante el cual se desarrolle esta novedad.

Y, en lo que hoy nos interesa, tampoco en la práctica institucional argentina verificamos el desarrollo de mecanismos que posibiliten la vigencia plena de los derechos fundamentales de participación en el control público.

Así, la falta de discusión del sistema desde los derechos explica la ausencia de participación concreta de los particulares en su ejercicio.

En mi opinión, este es uno de los grandes desafíos que enfrenta la figura del Defensor del Pueblo en la actualidad. Me refiero a la puesta en práctica de su *función promocional del cambio*, con el objetivo de erigirse en una auténtica garantía instrumental de los derechos de participación de los particulares en el ejercicio del control público.

Creemos que ello es así, ya que la reforma constitucional de 1994 ha producido una profunda transformación del Estado y de los paradigmas del poder y la libertad al establecer una nueva conexión entre el sistema de derechos y el sistema del poder, principalmente a partir del nuevo orden público supraconstitucional, que se entiende receptado por nuestra Constitución a partir de su Artículo 75, incisos 22 y 24, entre otras normas.

Es entonces que debiera verificarse la consecuente adecuación de ese sistema a los principios del nuevo orden público supranacional. Me estoy refiriendo a los principios provenientes del “Sistema Interamericano de los Derechos Humanos”, cuya protección refuerza la tutela constitucional interna, dadas sus condiciones plenas de operatividad.

De la misma manera, nuestro sistema debiera adecuarse también al embrionario derecho de la integración latinoamericana, mediante su armonización con las legislaciones de los Estados miembros, en pos de la coherencia del sistema.

Ello plantea un atractivo entrelazamiento entre el sistema de poder y el sistema de derechos y, a la luz del nuevo modelo constitucional y los nuevos desafíos que el derecho público del siglo XXI nos presenta, resultan como deseable punto de inicio de una nueva relación entre los particulares, los poderes públicos estatales y los nuevos sujetos actores de la economía con real capacidad de imposición por sobre los Estados.

Sin embargo, como comentamos, comprobamos que nos encontramos lejos de producir la evolución reclamada; al no haberse advertido la profunda transformación apuntada y no discutirse los alcances de la internacionalización, nuestro control público permanece inalterado y nuestro Defensor del Pueblo continúa imposibilitado de ejercer en su plenitud su función promocional del cambio.

Se agrega el dato de que los mecanismos de Administración financiera y control público vigentes en Argentina han sido el resultado de una superposición de categorías extranjeras ajenas a nuestro modelo constitucional, ocasionando el consecuente desmembramiento respecto de nuestras fuentes originarias, en los términos demostrados por el Profesor argentino Jorge Salomoni.

Es entonces que en mi opinión la adecuación de nuestro sistema de control al nuevo orden público supranacional, reconoce un actor principal en el proceso de transformación: el Defensor del Pueblo, es este para mí el nuevo rol que le toca jugar, como un deseable punto de inicio de la reconfiguración de las garantías constitucionales en el siglo XXI.

Sentado lo expuesto, creo de interés presentar las que, para mí, son las nuevas bases constitucionales del control público, los nuevos derechos fundamentales de control, y, que a la vez sirven de marco a la actuación del Defensor del Pueblo como protector, como garantía instrumental de los derechos fundamentales reconocidos en el orden público supranacional de los derechos humanos.

Según vemos, el texto constitucional argentino de 1994 operó una profunda transformación en la relación existente entre el sistema de derechos y el sistema de poder, de manera tal que se han configurado verdaderas esferas de protección del particular frente al Estado que permiten verificar la existencia de un derecho fundamental al control público, cuya tutela le es encomendada al Defensor del Pueblo, institución a la que se le encarga la representación y defensa de estos nuevos derechos fundamentales, verdadera garantía instrumental, adecuada, para vehiculizar la incorporación de los particulares a las acciones de control administrativo del Estado.

Siendo ello así, debe advertirse un fenómeno interesante que se produce en el sistema argentino, y, en lo que aquí interesa, respecto de las normas que orientan la actuación del Ombudsman local.

Como sostiene Salomoni⁸¹, con la reforma de la Constitución de 1994, el Artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, introdujo en su plexo normativo diversos Tratados de Derechos Humanos que están allí especificados. Es decir que estos Tratados tienen jerarquía constitucional integrando su plexo jurídico.

Esta modificación, en palabras de Salomoni, además de la incorporación de las nuevas concepciones ya mencionadas, ha tipificado alguno de los derechos y garantías no enumerados en la anterior parte dogmática de la Constitución en su Artículo 33, norma que como sostiene Salomoni contiene el principio de progresividad en la protección de los derechos⁸².

La fuerte internacionalización que se operó sobre el sistema jurídico argentino, a partir de la reforma constitucional, impacta sobre la actuación del Ombudsman local, quien deberá adecuar su actuación a los principios y reglas provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las cuales, por complementar el plexo constitucional argentino, reconfiguran las normas internas que rigen su organización y funcionamiento.

Ello por cuanto si la configuración del derecho fundamental al control público provendrá de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –como instrumentos de jerarquía constitucional y operativos en las condiciones de su vigencia–, va de suyo que en dicho ámbito deberán buscarse los criterios que presidan su actuación, los principios rectores del sistema, junto con los nuevos contenidos de estas garantías instrumentales.

Así, entiendo que lo decisivo para la vertebración de este nuevo plexo de derechos, para que hoy podamos reconocer la existencia de derechos fundamentales de participación en el control público, lo encuentro en la incorporación del “sistema interamericano de derechos humanos” a la Constitución Argentina, en las condiciones de su vigencia.

⁸¹ Salomoni, Jorge Luis, “Interés público y emergencia”, Texto de la conferencia dictada en la Fundación de derecho administrativo, agosto de 2003.

⁸² Como señala el Prof. Salomoni (*op. cit.*, p. 11), dicho precepto se repite en las Constituciones de Brasil, Art. 5º, LXXVII, parr. 2; Paraguay, Art. 80; Uruguay, Art. 72, lo cual autoriza a sostener que dicho principio constituye un principio general de derecho en los términos del Art. 38, parr. 1º C, del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de nuestra región, o como lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe N° 30/93: “[...] una cláusula constitucional consuetudinaria de firme tradición en el hemisferio”.

Ello determinará que estos nuevos derechos adquieran un contorno más preciso mediante el establecimiento normativo de su contenido y el reconocimiento de su titular, unido a una tutela institucional que, como veremos, la Constitución argentina le asigna al Defensor del Pueblo.

Este nuevo sistema lo entendemos integrado de la siguiente manera:

i. Para el *sistema de poder* la jerarquización constitucional del control público la encontramos en el nuevo Artículo 85 de la Constitución argentina reformada de 1994.

Puede aventurarse que, la confirmación de que el control público es consecuencia de la soberanía popular la encontramos en dicha cláusula, la cual, al redefinir los nuevos contornos del sistema de poder, le atribuye al Poder Legislativo la titularidad de la potestad de control, al establecer: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo”.

ii. Luego, para el *sistema de derechos* este reconocimiento lo encontraremos en el “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, el cual reconfigurará al anterior derecho implícito. El nuevo contorno de estos derechos, en expansión progresiva, ha de encontrarse en el sistema hermenéutico desarrollado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos e interpretados por sus órganos de aplicación e interpretación.

Asimismo, dentro del sistema de derechos la reforma constitucional receptó en su nuevo Artículo 86 a la figura del Defensor del Pueblo. Con ello se institucionalizó, de alguna manera, a los derechos de control, ya que dicha cláusula le estableció las siguientes dos funciones:

1. La defensa de los derechos e intereses de particulares frente a la Administración: “Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados [...] ante hechos, actos u omisiones de la Administración [...]”; y

2. La representación de los derechos de participación en el control público, al decir: “[...] el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Es la denominada “función promocional del cambio”.

La letra constitucional le asigna al Defensor del Pueblo la responsabilidad de ejercer, de actuar, esos derechos de control en representación de su titular: el particular - ciudadano - usuario.

Vale decir, en el sistema de la norma constitucional comentada, la garantía de participación en el control público se protege mediante su atribución al Defensor del Pueblo, la cual de ninguna manera es excluyente de la intervención del particular, quien se encuentra facultado a peticionar su intervención e incluso intervenir en forma directa desplazando su actuación.

3. El Defensor del Pueblo. Funcionario promotor del cambio

Creemos conveniente adoptar esta designación para caracterizar la figura del Ombudsman por hacer al núcleo central de su función. Si bien al tratar la figura del Grand

Senechal señalamos que era de su esencia señalar al rey las faltas y negligencias que constataba para promover la reforma de instituciones o procedimientos anticuados o inconducentes; recién con la incorporación de la figura a la vida institucional española se pone de relieve la importancia de esta función como elemento distintivo frente a los restantes órganos de control⁸³.

En dicho país se concibió que la razón de ser del Ombudsman obedece a un perfeccionamiento en los medios de protección de los derechos humanos, ya que muy especialmente debe ocuparse de aquellas actuaciones administrativas que escapan al control tradicional, mediante la indagación de quejas elevadas a su despacho, constituyéndose en un control de humanidad⁸⁴. En este sentido, se le reconoce una “función promocional del cambio” por corresponderle *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política* (Art. 9º, Constitución española).

El Defensor del Pueblo español ha entendido su carácter de poder público impulsor del desarrollo de los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia, pluralismo y solidaridad inherentes a un Estado democrático y social. Tal proceso de cambio exige la promoción de condiciones que hagan posible ese avance⁸⁵. Así, extrapola las funciones de representante legal de la comunidad, se erige en un verdadero promotor del cambio por poseer su actividad el objetivo de remarcar los errores de la Administración⁸⁶, detener los abusos del poder, y contribuyendo a la purificación de las instituciones, garantizar el respeto de los poderes públicos a la Constitución, contribuyendo a promover cambios estructurales más que coyunturales. Esta comprensión de su función la ejercita formulando advertencias y recomendaciones⁸⁷ pero particularmente legitimándolo a ocurrir ante el

⁸³ Es de nuestro interés remarcar que por esencia la institución del Ombudsman es un órgano de control para la promoción de la reforma y actualización constante de la administración, y en forma subsidiaria se erige en “*legitimador*” de acciones populares.

⁸⁴ Necesaria atribución para la efectiva tutela de situaciones jurídicas subjetivas que nuestro ordenamiento priva de legitimación, tales como los intereses “simples” y los “de incidencia colectiva”. Cfr. Nogueira-Pinto, *op. cit.*, p. 4. Concluimos que si bien es un órgano tutelar de derechos humanos, su actividad comporta una gama amplísima de defensa de derechos de los administrados ya que no debe olvidarse que se recurre a él frente a cualquier supuesto de mala actuación de la Administración.

⁸⁵ Cfr. Informe del Defensor del Pueblo Español a las Cortes Generales, p. 18, 1984.

⁸⁶ Cfr. Art. 15 de la Ley N° 24.248, que afirma el deber de “prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la Administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” para, de esta manera, “proponer la modificación de los criterios utilizados” –conf. Art. 27–.

⁸⁷ Giner de Grado, *op. cit.*, p. 52, entiende tal función por la obligación que tiene el propio Estado de ajustar el orden normativo a la realidad existencial padecida por los individuos. Esto conlleva la constante revisión de leyes, no ya los surgidos en períodos totalitarios de los Estados, sino de la totalidad del bloque normativo del Estado. Debe de esta forma sugerir la modificación de los criterios y de las propias normas emanadas de los órganos legislativos o ejecutivos, siempre que estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

órgano jurisdiccional para la interposición de recursos de amparo y de inconstitucionalidad; facultad de la cual es nuestro país tributaria directa, toda vez que solo la legislación de nuestra madre patria prevé dichas atribuciones.

3.1. Facultades para la “promoción del cambio” en el ordenamiento interno argentino

Esta función promocional del cambio aparece receptada en la ley argentina en el Artículo 27, por el cual se lo faculta a proponer a la Administración pública o al Poder Legislativo la modificación de una norma si *como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados*⁸⁸.

A su vez, por el Artículo 28 se faculta a *formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas*. Pero a contrario de la cláusula anterior, se establece la obligación de los responsables de *responder por escrito en el término máximo de un mes*, facultándolo ante el silencio del funcionario cuestionado a *poner el conocimiento del ministro del área o de la máxima autoridad de la entidad involucrada los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas* y estableciendo la obligación del Defensor frente a la renuencia del órgano a expedirse, de *incluir tal asunto en su informe anual o especial*⁸⁹, *con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud*.

Las normativas comentadas obedecen al criterio que sentó la ley orgánica española, cuyo Artículo 28 faculta al Defensor para sugerir al Órgano Legislativo competente o a la Administración la modificación de criterios y de las propias normas emanadas de estos órganos cuando estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

A su vez, nuestra ley, completando el criterio de la española, le impone el deber de *poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos en que corresponda, los resultados de sus investigaciones*⁹⁰, determinándose una vía alternativa para encausar el contenido de las recomendaciones que efectúa; ya que no debe perderse

⁸⁸ Conforme sostiene Varela Suárez Carpegna (*op. cit.*, p. 125), el fundamento de las facultades que apuntamos se halla en el hecho de que todas las sociedades, aún las más progresistas, corren constantemente el peligro de dormirse y adocenarse. Si se aspira a consolidar una sociedad democrática de avanzada se ha de estar alerta para perfeccionar a diario las instituciones del sistema político.

⁸⁹ Recuérdese que el Defensor debe elevar informe anual al Poder Legislativo por el cual “rinde cuenta de su gestión”.

⁹⁰ Téngase presente la competencia de la Auditoría General de la Nación establecida en el Art. 117 de la Ley de Administración Financiera que somete a un control *ex post facto* de gestión presupuestaria, económico - financiera de los “organismos centralizados, Entes reguladores de Servicios Públicos y los prestatarios de servicios públicos privatizados –estos últimos solo en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos—”.

de vista que *el defensor no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas*, el límite de su competencia está dado por la facultad que posee para proponer la modificación de criterios utilizados por los órganos sujetos a su control, conforme consigna en forma expresa el Artículo 27 de nuestra ley, en igualdad de términos que el Artículo 28.1. de la legislación española⁹¹.

Las facultades comentadas han sido no pocas veces objeto de duras críticas, puesto ¿qué clase de control puede ejercerse sin carecer de medios coactivos para imponer sus resoluciones? Frente a ello se ha remarcado que el hecho de carecer de potestades ejecutivas o jurisdiccionales no le impedirá ser un medio de control eficaz de la Administración ya que ha de tenerse en cuenta que los regímenes democráticos son ante todo “regímenes de opinión”. En punto a ello la función del Defensor deviene esencial dado su deber de ser cauce de comunicación entre los ciudadanos y la Administración, de esta suerte se contribuye a un diálogo más inmediato y fluido entre todos los interlocutores; a una reparación más rápida y genuina de entuertos y a una evolución perfectiva de las normas vigentes, impulsando su interpretación o reforma, con un espíritu de justicia o, en determinados supuestos, con criterios de mayor equidad⁹².

Para ello se halla inserto el Ombudsman dotado de los medios indirectos comentados, agregándose el control jurisdiccional que ejerce en virtud de la cláusula constitucional que le otorga legitimación. Nos referiremos seguidamente.

Sentado lo expuesto, intentaré presentar la protección normativa que otorga el orden público supranacional de los derechos humanos al derecho fundamental de control público.

4. El reconocimiento de los derechos de participación en el control en el orden público supranacional de los derechos humanos

En los términos en que se explicitó la “internacionalización del ordenamiento jurídico argentino”, a partir de la reforma constitucional de 1994, la garantía de control pública originariamente contenida en nuestro texto de 1853, ha evolucionado y asimismo ha sido resignificada ahora como un “derecho de participación en el control público”⁹³, derecho que reside no ya en “la sociedad” por su carácter de derecho fundamental del “ciudadano”, sino que ahora será ubicado en el particular - ciudadano - usuario, para controlar y al mismo tiempo exigir del Estado la vigencia de las garantías reconocidas en la nueva cláusula del progreso.

⁹¹ Razonable es la categórica prohibición comentada, ya que una sustitución de criterios declarada importaría el dictado de un acto administrativo viciado de nulidad por incompetencia en razón de la materia a tenor del Art. 14, inc. b de la Ley N° 19.549. (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En adelante, LNPA).

⁹² Se sostiene su función intermediaria entre los ciudadanos y diversos servicios de todas las Administraciones públicas, desde Municipios a Provincias, pasando por los diversos órganos de las comunidades autónomas. Estas expresiones alentadoras sobre su cometido mediador han sido formuladas por Don Joaquín Ruiz Jiménez y Cortés –Defensor del Pueblo– en su Informe a las Cortes Generales, Madrid, 1984, pp. 16 y 17.

⁹³ Aún con anterioridad a su jerarquización constitucional en 1994, el derecho de participación ciudadana en el control público había sido objeto de discusión en la doctrina argentina. Tal el caso de la Tesis Doctoral del

Resulta entonces útil intentar presentar la protección normativa que otorga el orden público supranacional de los derechos humanos. En mi opinión, el derecho de participación en el control se integra en un subsistema, conformado por tres núcleos de garantías que se reconocen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁹⁴.

El subsistema se integra por la concurrencia de tres núcleos normativos:

1. Primer núcleo: Integrado por aquellas normas que reconocen en forma expresa el derecho de participación con contenido amplio.

2. Segundo núcleo: Conformado por las normas, de contenido instrumental, que establecen los mecanismos para ejercitar los derechos reconocidos.

3. Tercer núcleo: Los principios, reglas y pautas hermenéuticas que posibilitan el desarrollo progresivo del subsistema y le confieren su fuerza expansiva.

Las analizaré a continuación.

1. Respecto del primer núcleo de derechos, los encontramos en las siguientes cláusulas:

Dr. Mario Rejtman Farah, “Participación ciudadana y control en la gestión pública, como medios de garantía de los derechos individuales”. Coincidió con el autor, quien en una reciente publicación señaló: “[...] la publicidad y participación en las cuestiones públicas constituye un derecho de naturaleza constitucional, recogido asimismo en tratados internacionales de naturaleza suprallegal [...] Toda persona tiene siempre el derecho a controlar el accionar de su gobierno a través del conocimiento pleno de los actos que éste dicte, las decisiones, políticas, así como conocer los antecedentes y el trámite en el que él es parte interesada como ciudadano”. (Rejtman Farra, Mario, “Contrataciones públicas transparentes: Un desafío en la emergencia”, en AA. VV., *El contrato administrativo en la actualidad*, Agustín Gordillo Director, LL, 2004, pp. 116 y 118).

⁹⁴ Sobre los alcances de la protección del sistema interamericano de derechos humanos se sugiere ampliar en la vasta obra del Profesor Dr. Germán J. Bidart Campos. En esta ocasión, se hace necesario citar “La lección derivada de la opinión consultiva 1 de 1982”, en la cual sostuvo: “[...] que el arco normativo del sistema interamericano de derechos humanos es muy amplio y muy abierto. Tiene aptitud abarcativa y además de crecimiento progresivo [...] Ante todo digamos que la referencia que al tema hace el Artículo 64 de la Convención Americana en sus apartados 1 y 2 deja en claro ya inicialmente que el sistema americano no se agota ni se cierra en la citada Convención; hay otros tratados susceptibles de integrarlo”. Luego señala: “El plexo normativo de derechos, de fuente internacional y de fuente interna, enriquece potencialmente el sistema, y obliga a interpretarlo siempre con tendencia a buscar, encontrar y aplicar la norma que desde cualquier fuente apta, responde al principio *pro homine*; o sea, al principio de mayor favor para la persona cuyos derechos o libertades se trata de interpretar, y también de aplicar. Esto es así no solamente cuando esa interpretación aplicativa está a cargo de los organismos internacionales competentes, como lo son la Comisión Interamericana y la propia Corte, sino también cuando incumbe a órganos internos de un Estado parte”. Y concluye: “[...] los tratados de derechos humanos, más que dirigirse a las relaciones entre Estados, tienen como finalidad garantizar el goce y ejercicio de los derechos y libertades del ser humano. Por supuesto que tal efectividad del derecho internacional tiene destino de vigencia en la jurisdicción interna de los Estados, a favor de quienes se hallan sujetos a ella [...] Todo esto confirma la tésis del sistema: lograr la tutela y la efectividad de los derechos ‘en’ la jurisdicción interna de los Estados que componen el sistema interamericano” (obra y autor citado, en *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, AA. VV., Bidart Campos, Pizzolo (h), Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 63, 65, 66 y 67).

El Artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹⁵, el Artículo 21 de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”⁹⁶, el Artículo 25 del “Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁹⁷ y el Artículo 23 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁹⁸.

De entre todas, esta cláusula merece especial importancia ya que establece un límite a las restricciones legales internas de los Estados, mediante el cual se permite el desarrollo progresivo de esta garantía, al establecer las únicas circunstancias condicionantes de su ejercicio, en su inciso 2º: “[...] La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

La protección del Sistema Internacional de los Derechos Humanos al derecho de participación en el control es tan intensa que incluso se recepta en el Artículo 5º, incisos “c” y “d. VIII”, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

En esta primera categoría de cláusulas el contenido del reconocimiento resulta ser el derecho a “participar en forma directa en la dirección de los asuntos públicos”, para lo cual se reconoce asimismo el “derecho de acceder a las funciones públicas”. La segunda formulación complementa y clarifica el contenido de la anterior, integrando al ejercicio de la función pública como uno de los componentes de la participación directa.

Si bien al abordar el tercer núcleo nos referiremos a las obligaciones internas del Estado, es necesario señalar que la garantía expuesta conlleva la siguiente obligación al Estado argentino: a partir de la operatividad plena de estas cláusulas por razón de la reforma constitucional de 1994, las normas internas del Estado sobre función pública, organización administrativa y Administración financiera, a fin de cumplir con la juridicidad y adecuarse al nuevo plexo constitucional, han de prever un umbral efectivo de participación del particular

⁹⁵ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la Ciudad de Bogotá, Colombia, 1948. La citada cláusula reconoce el derecho de participación en el gobierno: “Toda persona, legalmente capacitada tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente [...]”.

⁹⁶ Adoptada y Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. la cláusula establece: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente [...] y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país”. En el marco expuesto, el control es entendido como una función pública.

⁹⁷ La norma apuntada establece: “Todos los ciudadanos gozarán [...] sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente [...] c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

⁹⁸ (Pacto de San José de Costa Rica). La norma establece: Derechos Políticos: Art. 23: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente [...] c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país [...]”.

mediante el cual se posibilite su intervención, tanto para el ejercicio de la llamada “función administrativa activa” cuanto en la “función de control administrativo”⁹⁹. Todo lo cual tiene un carácter incipiente hasta el momento.

El reconocimiento del derecho a participar en la funciones de gobierno, de cuyo componente uno será el de la función administrativa, evidentemente contiene a la actuación en funciones de control administrativo o público, la cual la advertimos a la vez de implícita, como finalidad de las medidas que se reconocen en la segunda categoría sobre la que discurrirémos a seguir y, finalmente la comprendemos como objetivo de las garantías de desarrollo progresivo que se erigirán en reglas hermenéuticas en la determinación de estos derechos.

2. Respecto del segundo núcleo de derechos, entre los mecanismos que se establecen para el ejercicio de los derechos anteriormente reconocidos, pueden señalarse los siguientes:

El Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, referido a la libertad de investigación y expresión¹⁰⁰, entendido como instrumento primario y fundamental para el ejercicio del control público.

Por su parte, el Artículo 22 del citado instrumento establece: “Toda persona [...] tiene derecho [...] a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”.

Esta cláusula sienta las garantías de progreso como pautas de medida del control, dando contenido a los estándares eficiencia - eficacia y contextualizándolos dentro del sector público.

El logro de algún nivel de satisfacción de estas altas finalidades contribuye auténticamente a una gestión eficiente y a sus medidas eficaces.

Esta cláusula es de singular interés para explorar a partir de la alocución “esfuerzo nacional”; éste no sustituye la sola gestión estatal, sino que se completa con la delegación en los particulares de aquellas funciones que se consideran necesarias en razón de la particularización que “el principio de subsidiariedad” adquiera en el contexto estatal determinado. Es así que al no limitar la sola actuación del Estado en la gestión, no establece

⁹⁹Dado que el tratamiento de las nociones “función”, “función administrativa” y “función de control administrativo” excede en mucho al propósito del presente, se sugiere consultar los anteriores trabajos del autor: “La jerarquización constitucional del control en la Ciudad de Buenos Aires. Sobre la Auditoría General. Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política”, en AA. VV., *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Bidart Campos – Gil Domínguez, La Ley, 2001; “El problema del concepto Administración pública y la validez de los principios jurídicos de la organización administrativa”, *Revista Actualidad en Derecho Público*, Buenos Aires, 2001; “El sistema de Auditoría General como técnica de control de la Administración financiera. Análisis crítico de su previsión para la Ciudad de Buenos Aires”, *Revista Actualidad en Derecho Público* N° 13, Buenos Aires, 2000.

¹⁰⁰La norma establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones [...]”.

el correlativo monopolio estatal sobre el control. Si por influjo de esta norma, la gestión pública deviene abierta para el logro del “esfuerzo nacional”, de ello no es extraño colegir que el control también debe reconocer niveles de participación suficientes para aunar esfuerzos.

El Artículo “IV” de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, mediante el cual se reconoce el derecho a la libertad de investigación. Asimismo, dicha norma contiene el “derecho a la verdad”, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; norma que pormenorizadamente establece el derecho de toda persona a “[...] a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho al respecto: “[...] constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros. Hay que reconocerla, incluso cuando su ejercicio provoque, choque o inquiete. Como lo ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, es ello una exigencia del ‘pluralismo, la tolerancia, y el espíritu abierto, sin los cuales no es posible la existencia de una sociedad democrática’ (Eur. Court H.R., Lingens case, judgement of 8 July 1986, Series A no. 103, parr. 41) [...]”¹⁰¹.

3. Respecto del tercer núcleo, las reglas de hermenéutica que posibilitan el desarrollo progresivo del subsistema y que al mismo tiempo constituyen su fuerza expansiva, las encontramos principalmente en las siguientes cláusulas y principios:

El Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el desarrollo progresivo de los derechos humanos¹⁰².

El Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰³, al establecer el llamado “principio de interpretación evolutiva y humanitaria de los derechos humanos”¹⁰⁴,

¹⁰¹ Opinión separada del Juez Héctor Gross Espiell, Corte IDH, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, parr. 5.

¹⁰² La cláusula establece: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias [...] especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos”.

¹⁰³ El Artículo 29.c. sienta la siguiente pauta hermenéutica: “[...] ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]”.

¹⁰⁴ Cfr. Salomoni, Jorge, *Teoría general de los servicios públicos*, pp. 453 y sigs. Señala: “Allí se establecen claramente las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir, entre otros supuestos, que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano [...] la aplicación de estos principios abre el campo para un interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones [...]”.

el cual dentro del proceso de integración comunitaria requiere ser analizado junto con el principio de intangibilidad de la protección de los derechos humanos¹⁰⁵ contenido en el Artículo 28.3., del citado instrumento.

Asimismo, puede decirse que en similitud conceptual el Artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece la obligación de los Estados de adoptar en forma progresiva las medidas adecuadas para el logro de la plena efectividad de los derechos humanos. Esta obligación se complementa con el deber de no restricción de derechos humanos que el Instrumento impone a los Estados por intermedio de su Artículo 5.2¹⁰⁶.

Las garantías anteriores se complementan con el Artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el cual se reconoce el derecho al desarrollo de “[...] un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Finalmente, cierran el tercer núcleo los dos deberes fundamentales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin los cuales no sería posible su desarrollo progresivo; me refiero a los deberes de respetar los derechos humanos y de garantizar su libre y pleno ejercicio, en los términos de los Artículos 1º y 2º del Pacto de San José.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones se pronunció sobre su alcance, señalando categóricamente respecto del deber contenido en el Artículo 1º: “Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el Artículo 1.1 de la Convención”¹⁰⁷.

Por su parte, respecto de la obligación contenida en el Artículo 2º, señaló: “Es evidente que este artículo de la Convención impone el deber a los Estados Partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer ‘efectivos’ tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el Artículo 1º de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del Artículo 2º, complementa pero de ninguna manera suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del Artículo 1º [...]”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cfr. Salomoni, Jorge L., *op. cit.*, p. 443.

¹⁰⁶ La norma comentada establece: “[...] no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado” (ídem 5.2. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

¹⁰⁷ CIDH, Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, parr. 162.

¹⁰⁸ Opinión separada del Juez Héctor Gross Espiell, CIDH, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, parr. 6.

Corolario de los dos deberes será: “[...] el deber inmediato e incondicional de cada Estado de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales, para que estos alcancen normalmente una plena protección, desde el punto de vista del derecho internacional, aún frente a aquellos ordenamientos internos para los cuales el último carece de inmediata exigibilidad. En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirán violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el Artículo 1.1 de la Convención, sin necesidad de acudir al del Artículo 2º, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacerlos efectivos en el orden interno”¹⁰⁹.

Cabe destacar que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, sostuvo en relación al Artículo 2º de la Convención: “[...] si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. [...] La Corte afirma, como lo ha hecho en otras oportunidades, que el deber general establecido en el Artículo 2º de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹¹⁰.

Y luego, añade una consideración que es de vital importancia para la operatividad interna de las reglas provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria universalmente aceptada prescribe que el Estado que ratifica un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones

¹⁰⁹ CIDH, Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, “exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, No 7, párr. 23-33.

¹¹⁰ Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, supra nota 3, párr. 206; Caso “Cinco Pensionistas”, Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 165; y Caso “Baena, Ricardo y otros”, supra nota 216, párr. 180.

asumidas¹¹¹. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados¹¹². Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*)¹¹³. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el Artículo 2º de la Convención¹¹⁴.

En razón de lo cual concluye, de manera categórica, en estos términos: “La Corte ha sostenido que los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella”¹¹⁵. Este Tribunal ha afirmado, inclusive, que “una norma puede violar per se el Artículo 2º de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto”^{116,117}.

4.1. Referencia a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo

Como seguidamente se verá, el expreso reconocimiento de los nuevos derechos, en el plexo constitucional argentino, se proyectó en el ámbito de la legitimación procesal, ampliando los cauces de la tutela judicial.

Así, el Artículo 43¹¹⁸ –agregado en la reforma constitucional de 1994– incorporó al llamado “amparo colectivo” protegiendo, en lo que aquí interesa, “[...] contra cualquier forma de discriminación [...] así como a los derechos de incidencia colectiva en general [...]”.

¹¹¹ Cfr. Caso “Instituto de Reeduación del Menor”, supra nota 3, párr. 205; Caso “Bulacio”, supra nota 217, párr. 140; y Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 268, párr. 164.

¹¹² Cfr. Caso “Instituto de Reeduación del Menor”, supra nota 3, párr. 205; Caso “Bulacio”, supra nota 217, párr. 142; y Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 268, párr. 164.

¹¹³ Cfr. Caso “Instituto de Reeduación del Menor”, supra nota 3, párr. 205; Caso “Bulacio”, supra nota 217, párr. 142; y Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 268, párr. 164.

¹¹⁴ Cfr. Caso “Instituto de Reeduación del Menor”, supra nota 3, párr. 205; Caso “Bulacio”, supra nota 217, párr. 142; y Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 268, párr. 164.

¹¹⁵ Cfr. Caso de los “Hermanos Gómez Paquiyaury”, supra nota 16, párr. 71; Caso “Baena, Ricardo y otros”, supra nota 216, párr. 182; Caso “Cantoral Benavides”, supra nota 25, párr. 176; y Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1º y 2º Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36.

¹¹⁶ Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72; Caso “Baena Ricardo y otros”, supra nota 216, párr. 183; y Caso “Cantoral Benavides”, supra nota 25, párr. 176.

¹¹⁷ Cfr. Caso: “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, pp. 104-105.

¹¹⁸ El Art. 43 de la Constitución de la Nación Argentina establece, en su parte pertinente: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiona, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad, o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un Tratado o una ley. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación [...] así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...]”.

Ello es de interés, por cuanto la Constitución argentina, como sostiene nuestra más calificada doctrina, extiende la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe solo un conflicto meramente individual sino que –enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos– se hace la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva; y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido¹¹⁹.

Pero también debe destacarse que en el texto constitucional encuentran cabida no solo aquellos derechos de pertenencia común, colectiva, difusa y que atañen a un bien único, indivisible y no fraccionable –tales como el derecho al ambiente sano–, sino que la protección se extiende a derechos e intereses llamados “de pertenencia particular”, y de objeto divisible, cuya afectación adquiere dimensión social e incide en intereses colectivos o generales –sin dejar de afectar a cada sujeto particular–¹²⁰.

Como expresamente lo consagra la norma, la legitimación para ocurrir en amparo le es reconocida tanto al afectado cuanto, y, en lo que principalmente aquí nos interesa, al Defensor del Pueblo.

Sobre este aspecto, debe remarcarse que esta legitimación procesal institucional se le reconoce, al Ombudsman argentino, con un doble sentido explicitado en el Artículo 86 de nuestro texto constitucional¹²¹:

i. El primero de ellos será el de cumplir su misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por el plexo constitucional.

ii. Luego, como garantía instrumental a fin de ejercer el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

En mi opinión, la novedad tanto de los derechos fundamentales de control cuanto el nuevo cariz de la garantía que permite operativizarlo toman cuerpo a partir del especial supuesto de legitimación procesal que le fue reconocido al Ombudsman argentino, primero en el plexo constitucional y luego en la doctrina judicial, como seguidamente veremos.

Ello por cuanto el Defensor del Pueblo es uno de los casos en que se prevé una legitimación llamada “anómala”, extraordinaria, diferente a la general, que se caracteriza por el hecho de que resulta habilitado para intervenir en el proceso judicial un organismo

¹¹⁹ Morello, Augusto Mario; Vallefin, Carlos, *El amparo, régimen procesal*, 4ª ed., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2000, p. 283. Sobre el punto, cabe destacar, junto con calificada doctrina nacional, que con anterioridad a la reforma constitucional, la doctrina defendía esos derechos e intereses bajo el ropaje de otros conceptos tales como “intereses difusos” o “de pertenencia difusa” o “colectivos”, “derechos de tercera generación”. (Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones”, *LL*, T. 2003-B, pp. 1334 y sigs.).

¹²⁰ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1334, para quien la esfera de protección señalada comprende, entre otras situaciones, la de los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo.

¹²¹ Según el Artículo 86 de la Constitución Nacional Argentina, es misión del Defensor del Pueblo: “[...] la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”.

que actúa en nombre propio, para la protección de los derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público social¹²².

Como es lógico suponer, el carácter anómalo de su legitimación se verificó en las resistencias de la judicatura a su intervención en procesos, de resguardo o tutela de la legalidad o en resguardo de derechos de múltiples sujetos afectados, la cual no fue pacíficamente aceptada en la sede judicial.

Así, mientras en los Tribunales Federales inferiores su legitimación le fue reconocida¹²³, no ocurrió lo mismo con nuestra Corte Suprema de Justicia. El criterio de nuestro máximo tribunal resultó restrictivo y su actuación le fue negada con las consabidas consideraciones generales y dogmáticas, desconociendo su accionar por no ser titular de la relación jurídica sustancial¹²⁴. Sin embargo, en pronunciamientos más recientes, nuestra Corte Suprema se mostró receptiva, admitiendo su legitimación de modo implícito¹²⁵.

Es que, como señala calificada doctrina, cuando la afectación de derechos adquiere dimensión social, su intervención podría estar justificada por el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas que le fue encomendado por el texto constitucional. Y también podría sostenerse, en sustento de su legitimación, que el interés común del pueblo sería el de asegurar la juridicidad en el obrar administrativo público, ya que la extensión de la legitimación favorece el control de los actos de los poderes públicos¹²⁶, fortaleciendo una garantía indispensable para que cobre virtualidad la nueva configuración del derecho fundamental de control público.

¹²² Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, con cita a Palacio, Lino, “El apagón de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo”, *LL*, 2000-C, 395.

¹²³ En lo que nos interesa, su intervención le fue reconocida, principalmente, en las siguientes causas:

1. “Defensor del Pueblo de la Nación – incidente III – c/ Estado Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 23-9-1997), en el que se reconoció su legitimación por actuar en seguridad de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios de servicio telefónico, afectados por la medida impugnada. 2. “Nieva, Alejandro c/ Poder Ejecutivo Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 26-8-1997). Allí, se admitió su legitimación –en el juicio en que había sido impugnado un reglamento de necesidad y urgencia, por ilegitimidad– con base en lo expresado por los Convencionales Constituyentes, los Arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional, reconociendo con amplitud sus facultades. 3. En la causa “Youssefian” (Sala IV, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 23-6-1998) se invocaron los Arts. 86 y 43 de la Constitución, aclarando que *el Defensor del Pueblo actuaba en defensa de un derecho de los usuarios y consumidores de participación en el control de los servicios públicos, que se veía afectado por una ilegítima omisión administrativa*. 4. En las causas “Defensor del Pueblo de la Nación” (Sala V, Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 13-9-2002), se estableció que, de acuerdo a con las normas constitucionales estaba legitimado para actuar en juicio aunque no fuese titular de la relación jurídica sustancial.

¹²⁴ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, señala, como ejemplo, la causa “Rodríguez, Jorge” (CSJN, 17-12-1997, *Fallos*: 320:2851), en la que el Máximo Tribunal Argentino le negó legitimación compartiendo fundamentos con el Procurador General. De la misma manera en “Consumidores Libres” (7-5-1998, CSJN, *Fallos*: 323:4098), se invocó la ausencia de un perjuicio inminente.

¹²⁵ Cfr. señala Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, en causa: “Camuzzi, Gas del Sur S.A. s/ solicitud de intervención en autos Defensor del Pueblo de la Nación c/ Telecom Argentina y otros” (CSJN, 15-8-2002).

¹²⁶ Cfr. autor y obra citada, p. 1343, con cita a Bianchi, Alberto, “La legitimación colectiva en el amparo” y Cardazi Mendez, Ariel: “El defensor del Pueblo goza de buena salud”, *LL*, 27 de setiembre de 2002.

Como lo estableció nuestro Máximo Tribunal: “La plenitud del Estado de derecho [...] no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley [...]”¹²⁷.

4.2. Sobre el desarrollo progresivo de los derechos de participación en el control público

Discurriré brevemente sobre las probables implicancias que posee el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos sobre las garantías de participación en el control público, las que según se vio habilitan en su condición operativa a su ejercicio en sede administrativa y a su exigibilidad en sede judicial.

Ello porque se trata de buscar el tipo de participación adecuada para resguardar las citadas garantías, la intensidad y profundidad de la intervención que legítimamente el ciudadano-particular-usuario puede reclamar. Se trata de preguntarnos por el umbral inicial de actuación reconocible sin mengua de derechos y al mismo tiempo por el límite de su injerencia dentro de un “sistema de poder” también en proceso de transformación y erosión de sus postulados fundantes.

Más de treinta años atrás, el Profesor Gordillo, ciertamente adelantado en la teorización del tema, abordó la cuestión de la participación plena y sentó las bases de una discusión que seguramente irá a producirse en un futuro no lejano. En estos términos señaló: “La participación se da en una forma perfecta en una democracia perfecta; es decir, la democracia perfecta es una forma integral de participación directa, en la cual todo el mundo se reúne, vota entre todo el pueblo y decide. Esa es la participación directa, total y absoluta, es la llamada democracia perfecta. Y es lo que nunca fue posible como no será posible la perfecta y total participación; el ideal de la democracia perfecta es simultánea e inseparablemente el ideal de la plena y absoluta participación de los individuos en los asuntos públicos”¹²⁸.

La práctica institucional argentina de los años posteriores a esta formulación permitieron verificar su tesis por el opuesto; las formas más imperfectas de gobierno produjeron la ablación absoluta de cualquier mínimo intento de participación, la cual debió aguardar hasta casi mediados de la década de 1980 para iniciar una lenta pero progresiva reconstitución en nuestro país. Y si bien la participación llegó a consolidarse como garantía constitucional recién en la reforma de 1994 por intermedio del ordenamiento supranacional de los derechos humanos, tampoco se encuentra suficientemente desarrollada.

Al respecto, deben tenerse en cuenta los múltiples condicionamientos que, quizás con una dimensión atemporal, encuentra la participación como instrumento de control efectivo.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*: 300:1282, citado por Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p 1355.

¹²⁸ Obra y autor citados, p. 170.

Con acierto, señalaba Gordillo bastante tiempo atrás: “La toma de conciencia de la imposibilidad de participación directa total y absoluta, en cualquier sistema político o social de que se trate, debe hacernos agudizar el ingenio y redoblar el esfuerzo para no desperdiciar ninguna forma de participación, por pequeña que sea. Cada forma adicional de participación que se consiga es un paso más hacia el ideal de un gobierno del pueblo; cada forma de participación que no se efectiviza o ejercita, que se obstaculiza o prohíbe, es un retroceso en el lento camino avanzado hacia la democracia como forma de vida y de gobierno”¹²⁹. De allí la necesidad de enfatizar el carácter progresivo de la participación, de intensificar su práctica, aún desde sus reducidos ámbitos de actuación, para proyectarla hacia técnicas más perfectas.

Tales notas características sobre el desarrollo de la participación la muestran verdaderamente como un derecho humano, como una garantía en expansión. Y como tal, requiere para su efectiva vigencia de un doble esfuerzo por parte de la sociedad civil; por un lado, el de reclamar su espacio, mediante la gestión y reclamación permanente a los órganos estatales para la vigencia de estos derechos, a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones de reconocimiento y garantía del núcleo de derechos humanos de participación en el control, con arreglo a las reglas de los Artículos 1º y 2º de la Convención Americana. Y por el otro, el tomar la iniciativa. Estos es el de proponer y desarrollar en forma constante aquellas medidas normativas que subordinadas a la juridicidad presidida por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, posibiliten el progresivo desarrollo de las garantías de participación, en este caso, en el control.

Como se vio, la participación depende en gran medida del esfuerzo de la sociedad civil. Es una garantía con contracara; si bien obliga al Estado a otorgar cauces efectivos de intervención en la gestión y el control, exige de los particulares con la misma intensidad su aporte de iniciativa, para cumplir el estándar de “esfuerzo nacional” contenido en el Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³⁰.

Se requiere la presencia de la sociedad civil reclamando espacios de control, y ocurriendo en tutela de sus garantías. Sin una sociedad civil, activa y responsable, no puede lograrse el desarrollo progresivo de estos derechos.

En mi opinión lo expuesto es asimismo la dinámica del principio *pro homine*, el cual postula que para cada caso a resolver hay que buscar la fuente y la norma que proveen la solución más beneficiosa y mejor para la persona y sus derechos, tal cual lo ha propuesto la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹³¹.

¹²⁹ Obra y autor citados, p. 172.

¹³⁰ La norma establece: “Toda persona [...] tiene derecho [...] a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”. Como señalé, mediante la alocución “esfuerzo nacional” la gestión estatal debe completarse con la participación e integración de los particulares en aquellas funciones que se consideran necesarias para el desarrollo y el progreso. Sin dudas, el control público lo es.

¹³¹ Sobre el principio *pro homine*, se sugiere ampliar en la obra del Profesor Bidart Campos. En especial en *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Bidart Campos, Albanese, Buenos Aires, Ediar, 1998. En la p. 161 de la citada obra, señalan: “El principio surge de la jurisprudencia de la CIDH al postular

En relación con el Artículo 26 de la Convención Americana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos, en voto separado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la OC- 4/84 en estos términos enteramente aplicables al caso:

“[...] los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar, en cada caso, no solo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los Artículos 2º y 26 de la Convención Americana entre otros instrumentos internacionales sobre la materia [...]”.

Y continuando su exposición, de ello se sigue: “[...] en realidad lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir exigibles directamente por sí mismos, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, ‘exigibles indirectamente’, a través de exigencias positivas [...] y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos, son circunstanciales e históricamente condicionados pero sí puede afirmarse en general que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Es así como los principios de ‘desarrollo progresivo’ contenidos en el Artículo 26 de la Convención [...] deben entenderse aplicables a cualquiera de los derechos [...] consagrados en la Convención, en la medida y aspectos en que estos no resulten razonablemente exigidos por sí mismos, y viceversa, que las normas de la propia convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados ‘derechos económicos sociales y culturales’ en la medida y aspectos en que estos resulten razonablemente exigibles por sí mismos. En mi concepto, esta interpretación flexible y recíproca de las normas de la Convención con otras internacionales sobre la materia e inclusive con la de las Legislación Nacional se conviene con las normas de interpretación del Artículo 29 de la misma aplicadas de conformidad con los criterios principistas y finalistas expuestos [...]”¹³².

que entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido, y que si a una misma situación le son aplicables el Pacto de San José y otro tratado, debe prevalecer la norma mas favorable a la persona humana (ver, por ej. la OC-5/85). De su Sentencia de 1981 en el caso ‘Viviana Gallardo’ surge que el equilibrio de la interpretación del sistema de derechos se consigue orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no altere el sistema mismo”.

¹³² Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, CIDH, propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización OC- 4/84, del 19 de enero de 1984, serie “A” N° 4, parr. 3 y 6.

El “tercer núcleo” de garantías expuestas, vinculadas al desarrollo progresivo, inciden sobre los derechos de participación integrantes del “primer núcleo” y, posibilitan la ampliación de tales garantías, todo lo cual demuestra que es desde el orden público supranacional que se consolidan los derechos de participación en el control público.

Como es sabido, dado que los instrumentos internacionales señalan un contenido básico de los derechos, el reconocimiento de la participación de modo alguno permite apreciar al desarrollo de estas garantías como un proceso acabado. La importancia entonces de este “tercer núcleo” finca en que convierte al reconocimiento normativo de los derechos en un proceso dinámico, en construcción y expansión permanente, en el cual es el nuevo orden público supranacional el que recaba de los Estados el deber de garantizar lo necesario para su efectivo desarrollo.

Corolario de lo expuesto será la imposibilidad de reversión de los umbrales de protección alcanzados por el sistema interamericano de los derechos humanos¹³³.

5. Reflexiones finales

De lo expuesto, se evidencia claramente que el Defensor del Pueblo juega un rol de central importancia en la actual crisis y transformación del Estado, por cuanto está llamado a actuar la reconfiguración de la nueva modulación entre lo público y lo privado, a trabajar por la resignificación de los derechos fundamentales que parecen ir tomando forma en el siglo XXI, nuevos derechos de los particulares y usuarios capaces de protegerlos, en la nueva realidad, de las nuevas formas abusivas del poder que se moldean inexorablemente a partir de la actuación de los nuevos sujetos de la economía que sustituyen a los poderes públicos: los nuevos soberanos transnacionales, y, por ello, está llamado a controlar una nueva escena; la arena pública en el marco de intercambio recíproco entre intereses y derechos públicos y privados, dentro un nuevo contexto: el de los ordenamientos globales que encuentran en nuestra realidad latinoamericana, empresas ricas y estados empobrecidos demuestran la progresiva erosión de los paradigmas tradicionales del Estado en términos de producción y aplicación de los ordenamientos.

Dentro de esta nueva realidad, está también llamado a asumir en su exacta dimensión, su misión de promover el cambio, de corregir las disfunciones que se presenten en el contexto institucional latinoamericano, al determinar la persistencia de antiguas prácticas y abrir camino a la nueva realidad; a una realidad nueva que como tal presente el enorme atractivo de la complejidad.

¹³³“El Comité de Derechos Humanos, tal como muestra su arraigada práctica, ha considerado sistemáticamente que, una vez que las personas tienen reconocida la protección de los derechos que les confiere el Pacto, esa protección pasa a ser subsumida por el territorio y siguen siendo beneficiarias de ellas las personas, con independencia de los cambios que experimente la gobernación del Estado Parte, lo que incluye la desmembración en más de un Estado, la sucesión de Estados o cualquiera otra medida posterior que adopte el Estado parte con objeto de despojar a esas personas de los derechos que les garantiza el pacto” (Observación General 26 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 8 de diciembre de 1997).

APROXIMACIONES A LAS RACIONALIDADES DEL CONTROL DE LAS ACTUALES EMPRESAS PÚBLICAS

“O tempora o mores”.
(Marco Tulio Cicerón, *Catilinaria*).

I. Reflexiones iniciales

En mi opinión, hablar del control de las nuevas modalidades de empresa pública argentina es una oportunidad para advertir, a través del caso concreto, este especial fenómeno de transformación del Estado y sus técnicas de actuación y gestión de los intereses públicos de fuerte sesgo “público-privado”, que viene progresivamente abriéndose camino en nuestra actualidad americana.

Tengo para mí, que no es posible analizar el nuevo diseño institucional de las nuevas empresas públicas –de sesgo fuertemente casuístico–, precisamente porque no hay un marco general, lo cual, lejos de ser criticable, constituye una de sus notas características: la complejidad propia de una impronta intensamente teñida de dinamismo, flexibilidad y amalgamamiento con las formas privadas y prácticas de Mercado, porque –desde siempre– existen diferencias demasiado profundas entre las distintas clases de empresas públicas que están destinadas a tener importantes consecuencias sobre su diseño¹.

No obstante la empresa pública actual se diferencia de los anteriores modelos por el hecho de que la actualidad requiere del mayor dinamismo privatista apuntado². De allí que se juzgue con acierto la inconveniencia de haber acudido a los antiguos modelos –de sesgo

¹ Ver: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 11, Marchas y Contramarchas en Economía y Derecho Administrativo, Buenos Aires, FDA, 2015, pp. 361 y sigs. (“Las empresas públicas como agentes del desarrollo”).

² Ampliar en Balbín, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 2, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 675, al explicar: “El ropaje jurídico utilizado por el Estado –sociedades anónimas alcanzadas por la Ley N° 19.550–

eminentemente publicista— porque en tales regímenes de organización y funcionamiento de empresas y sociedades del Estado se desarrolló un sistema rígido o a lo sumo semirrígido³. Estaban pensados para otro modelo de intervención del Estado, propio de las realidades de mediados del siglo XX, pero no para la agilidad del giro empresarial y negocial actual. No obstante, aquellos modelos tienen en común con la práctica actual el dato de la complejidad de su estructuración en la que forzosamente se entremezclan criterios económicos y políticos, con criterios jurídicos y administrativos⁴.

Sin duda esta necesidad de adaptación a las nuevas racionalidades de dinamismo de mercado, pero con intensa preservación del interés público estatal, acaso, podría preliminarmente decirse que—desde la óptica del sistema de poder— obedece—entre varios otros condicionantes— a esa lógica, de los tiempos actuales, de transformación de lo público determinada por el paso del anterior modelo estadocentrista a un modelo mercadocentrista según su especial modulación de contexto, acaso como una exteriorización del impacto operado por la globalización sobre las formas de actuación del Estado, de gestión de lo público y de mediación de los intereses públicos bajo nuevas técnicas en las cuales la división entre lo público y lo privado—en las últimas décadas— ha dejado de ser clara y pasado a ser difusa⁵.

tiene por objeto excluir, respecto de tales sociedades, la aplicación de las normas del derecho público, y así se dispuso expresamente en sus actos de creación. Vale sí recordar que las sociedades anónimas han sido reguladas por el legislador con el fin de establecer una forma instrumental para la actividad económica de orden privado. En particular, el régimen de las sociedades anónimas constituye entonces el marco jurídico para la realización de actividades comerciales que persiguen un fin de lucro y que, consecuentemente, son extrañas respecto del Estado y sus funciones” (p. 675). Y concluye el autor: “¿Por qué, entonces, el Estado elige este modelo y no el de las sociedades del Estado? Hemos dicho que el sentido es utilizar un cauce más libre y menos riguroso; competir en mejores condiciones con el sector privado; prestar los servicios de modo más eficiente; y cumplir así mejor sus objetivos” (p. 685).

³ Ampliar en: Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 672 y sigs., al explicar el proceso de evolución de los antiguos regímenes de empresas públicas y su pervivencia residual.

⁴ Ampliar en: Gordillo, Agustín, *op. cit.*, pp. 359-483. La referencia a su obra es de importancia porque con una visión preclara ya cincuenta años atrás explicaba las racionalidades de por qué debía centrarse el estudio de las empresas del Estado en el análisis de resultados, lo que hoy entendemos como el control de gestión bajo criterios de eficiencia como núcleo del control sobre empresas públicas. Así, el Maestro Gordillo nos enseñaba que “no debe encararse la reforma de la legislación argentina sobre las empresas del Estado antes de hacerse un análisis integral de qué resultados han dado, desde el punto de vista institucional, las distintas formas existentes, y antes de efectuarse un estudio económico y político sobre la base de los resultados de las observaciones jurídicas y administrativas que le preceden [...] es excesivamente simplista, y por lo tanto erróneo, creer que el problema de la empresa pública puede considerarse englobándolo en un solo tratamiento; no hay una gran cuestión de la empresa pública, sino que hay múltiples cuestiones de las variadísimas especies de empresas públicas posibles” (*op. cit.*, pp. 360-361), lo cual lo moverá a decir respecto de su control: “[...] un inadecuado conocimiento de las formas de descentralización había llevado en la práctica a un abuso de las formas de las empresas del Estado con desmedro del sistema; lo mismo cabe repetir ahora en lo que respecta a los controles. Un inadecuado conocimiento de los controles que es posible efectuar [...] forzosamente llevará a que no se podrá controlarlo eficientemente y entonces podrá equivocadamente pensarse que es el sistema que no funciona, cuando lo que falla es la forma de hacer funcionar el sistema” (*op. cit.*, p. 492).

⁵ Si bien nos excede en mucho un análisis extensivo de las inferencias y conexiones verificables entre la nueva modalidad de la empresa pública bajo forma privada y el paso de la tradicional organización pública estadocentrista al dinamismo del mercadocentrismo propio de los tiempos actuales globalizados—aún a pesar de las profundas

Si la década de 1990 nos presentó la privatización de la empresa pública—paradójicamente—bajo un régimen de marcado derecho público⁶, la década siguiente nos trajo su re-estatización conformada bajo las formas del derecho privado y con un fuerte entrecruzamiento de derecho público y privado en términos de gestión⁷.

Sin embargo, esta marcha y contramarcha—privatización y re-estatización—no se vio reflejada en los mecanismos de control porque no se operó la consecuente adecuación que los nuevos tiempos—o mejor dicho, la nueva empresa pública—requerían. Por lo tanto, la nueva realidad resulta, en lo que refiere al control, atendida por la vieja norma.

Así, la primera década del siglo XXI nos encontró campeando nuevas disfunciones provenientes de las sempiternas idas y vueltas de nuestra política y nuestra economía que en su errático rumbo—y a los tumbos—tomaron de rehén a nuestro derecho público y, con él, a nosotros, sus habitantes y destinatarios.

Ciertamente, como acaso en toda crisis hay una oportunidad de superación, en todo ello, se inauguró otra frondosa página de la historiografía jurídica nacional a través de los interrogantes generados por la nueva empresa pública⁸. En su honor serán las aproximaciones que seguidamente esbozaré.

crisis mundiales de principios de este siglo—, lo cierto es que vale la pena, al menos, esbozar muy brevemente la conexión remitiendo a la edición 2010 de la obra del Gran Jurista europeo Sabino Cassese, quien advierte: “La globalización no es solo económica, sino que se extiende a aquellas actividades consideradas tradicionalmente propias de cada Estado [...] si la economía ha sobrepasado los límites y fronteras nacionales, lo mismo cabe concluir respecto de los Estados [...] que no desaparecen de la escena, sino que participan, tanto en la fase constituyente de un nuevo régimen, cuanto en la fase ejecutiva. Sin embargo, una vez que el nuevo sistema se encuentra operativo, los Estados no intervienen de modo individual, sino que lo hacen en calidad de agentes de un organismo global [...] la globalización económica se ha desarrollado más rápidamente que la política, ¿qué puede decirse de la globalización jurídica? [...] la línea de separación entre la esfera pública y la privada no es clara” (Cassese, Sabino, *El derecho global, justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2010, pp. 14, 15, 57, 78, 236).

⁶ Ver: Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, quien explicó: “[...] la Constitución Argentina reformada en 1994, reintrodujo explícitamente el concepto servicio público en el propio plexo normativo [...] Esa incorporación explícita de tal concepto permite sostener [...] que en nuestro sistema constitucional dicha institución jurídica goza de buena salud” (p. 345), “resulta claro la naturaleza jurídico pública de las relaciones que se entablan entre el Estado concedente y el particular concesionario o licenciatario y respecto de los bienes públicos integrantes de la exploración. Todo ello dentro de un régimen jurídico administrativo, que excluye toda institución de derecho privado” (p. 352).

⁷ Ver: Stortoni, Gabriela, “¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2014, pp. 239-270, quien dijo: “Entonces aparece la idea de que el Estado empresario, al adoptar estructuras jurídicas propias del derecho privado [...] las regirá por el derecho privado en sus actos y contratos, del mismo modo. ¿Esto es así?” (p. 239). “Será, entonces, que a la pregunta que titula éste artículo [...] deberá responderse que estos podrán ser públicos o privados en su contenido y ejecución, pero nunca podrán eximirse de las reglas de derecho público en materia de su formación de la voluntad de contratación, procedimiento de contratación y adjudicación del contrato” (p. 270).

⁸ Corresponde reconocer en el Profesor Carlos Balbín al primer tratadista del derecho administrativo argentino del siglo XXI en abordar sistemáticamente la cuestión de la nueva empresa pública, inaugurando el análisis pormenorizado de los principales ejemplos societarios públicos en la primera edición de su ya célebre *Curso de Derecho Administrativo* de 2007 (ampliar en autor y obra citada, T. I, Buenos Aires, La Ley, pp. 674-691).

II. Un punto de partida: la Ley de Administración Financiera y el control de la empresa pública

El modelo de intervención estatal en la economía inaugurado en la primera década de este siglo se desarrolló sin que se hubieren operado las consecuentes y necesarias adecuaciones al anterior sistema de control público, el cual aún se encuentra vigente. Es el instituido en 1992 por la Ley de Administración Financiera.

Debe advertirse que el sistema de gestión y control de la Ley N° 24.156 fue pensado para acompañar la finalidad de entonces, de “achicamiento” del Estado, exteriorizado en el objetivo de implantación de una reforma administrativa intentada como correlato del anterior modelo de Estado mínimo privatizador. Por tal razón, no reconocía como eje central la necesidad de atender los diversos aspectos atinentes a la gestión y control de las haciendas productivas⁹. Su objetivo principal se centraba, insisto, en acompañar al proceso de reforma administrativa acometido al inicio de la década de 1990.

Consecuentemente, la arquitectura de la norma se focalizó casi exclusivamente en el así denominado fortalecimiento de las estructuras administrativas principales –las que pasó a denominar sector público¹⁰– y en la modernización de las técnicas y los procedimientos de administración, gestión, contabilidad y finanzas públicas de los estamentos burocráticos de la Administración pública activa integralmente considerada –a las que trató como sistemas y subsistemas–¹¹.

Coherente con ello, se implantó la técnica de auditoría centrada en el “control de las actividades” a revisar a ejercicio vencido bajo la exclusiva modalidad de control posterior, suprimiendo la anterior técnica de “control sobre los actos” ejercida con carácter previo y concomitante por el extinto Tribunal de Cuentas.

Las empresas privatizadas quedaron prácticamente excluidas del sistema control público instaurado, de tal suerte que la Ley de Administración Financiera solo previó un control externo bajo un marco de conocimiento estrictamente circunscripto “a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos” en cabeza únicamente de la Auditoría General de la Nación¹². En la racionalidad del anterior modelo ello era comprensible porque la titularidad del ejercicio del control de las privatizadas recaía formalmente en los Entes Reguladores –tal como contemplaban los respectivos marcos regulatorios– pero sustancialmente en los hechos era ejercido por el Poder Ejecutivo a través del control de tutela e intervención.

⁹ Resultan ilustrativas las previsiones generales contenidas en los Artículos 2° (materias), 4° (objetivos) y 9° (estructuras) de la Ley N° 24.156.

¹⁰ Ver la definición de “sector público nacional” contenida en la redacción originaria del Artículo 8° de la Ley N° 24.156.

¹¹ Ver la caracterización de las principales técnicas de la hacienda y la contabilidad pública como “sistemas” a partir del Artículo 5° de la Ley N° 24.156 y su proyección en bloque en todo el articulado de la ley.

¹² Ver el Artículo 117 de la Ley N° 24.156 que estipula en su parte pertinente: “Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de [...] los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”.

De allí la razón de la apuntada atención residual que la Ley N° 24.156 brindó al control de las privatizadas, exteriorizado ello en la consecuente orfandad de previsiones específicas orientadas al fortalecimiento, optimización y modernización de los procedimientos y estructuras de gestión y control necesarias para contenerlas. Prueba de ello se encuentra en la disposición contenida en el Artículo 2° del Decreto N° 1.957/1992 que posibilitó sostener la supresión del control de gestión sobre la empresa privatizada.

De allí que una década después, ya entrado el siglo XXI, superado el modelo privatizador y opacada la matriz de los entes reguladores, las técnicas de control previstas en el régimen de administración financiera quedaron como las únicas herramientas de control, pero evidenciando su insuficiencia para aprehender por sí solas al nuevo modelo llamado a revisar. Ello debido al apuntado carácter residual o accesorio de su previsión originaria. De allí que, hoy, el solo sistema de control del régimen de administración financiera revele su impotencia para atender a ésta nueva realidad de máxima autonomía y operatividad propia del desarrollo de negocios y de asociación con capitales privados. Precisamente porque la nueva empresa pública reviste mayor autonomía que las tradicionales formas empresariales del Estado¹³. Las anteriores fórmulas al traducir muchos más atributos propios de derecho público revestían cierta compatibilidad con las técnicas tradicionales de control afines a la actuación de las prerrogativas y potestades públicas presentes en las anteriores modalidades¹⁴.

Entonces, no se trata solamente de someter nominalmente la empresa pública a la jurisdicción del controlador sino además y principalmente de desarrollar mecanismos apropiados para atender un fenómeno que es claramente novedoso como lo es el de la empresa pública bajo la forma exclusivamente privada de la sociedad anónima que, por tanto, reviste técnicas de actuación diferenciadas de los anteriores modelos societarios estatales. Se verifica una necesidad de actualizar las técnicas existentes para posibilitar un mejor control de estas nuevas haciendas productivas, con más intermediación, con ampliación de las tipologías de controles para una mayor especificación de los alcances y marco de conocimiento de aquellos controles que resultan realmente apropiados para atender, fortalecer y optimizar a la nueva empresa pública. Aquí, entonces, el problema y la razón de ser de las siguientes aproximaciones en torno a las conexiones verificables entre sociedad civil y empresa pública en una relación dialógica de un control que se propone pensar desde el sistema de los derechos vis a vis algunos interrogantes que plantean los postulados de eficiencia. Ello lo pienso como una aportación que permita superar el déficit verificable del control de la nueva empresa pública.

¹³ Bien sean las Sociedades de Economía Mixta de la Ley N° 15.349, las empresas del Estado de la Ley N° 13.653, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria de la Ley N° 19.550 y las Sociedades del Estado de la Ley N° 20.705, en todas ellas se evidencian mayores matices públicos que en la modalidad actual.

¹⁴ No obstante es importante reparar en el señalamiento de la Profesora Gabriela Stortoni, quien sostiene respecto de éstas nuevas formas y la denominación propuesta por un sector de la doctrina que no obstante tratarse de sociedades anónimas “la mayor injerencia estatal nos estará poniendo nuevamente frente a las formas de gestión ya aplicadas en el pasado y que la jurisprudencia, como veremos, sometió al régimen de derecho público”. (Cfr. Stortoni, Gabriela, “¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2014, p. 247).

III. Empresa pública y sociedad civil

Así planteadas las cosas creo oportuno formular una aproximación al tema desde la óptica del sistema de derechos. Es decir, el control de la empresa pública pensado no desde la organización administrativa sino desde los derechos de las personas y la sociedad civil, en el entendimiento de que frente a la debilidad de los controles públicos ha de reflexionarse en torno a la importancia de promocionar la apertura de cauces adecuados de participación¹⁵ e intervención directa en el control por parte de quienes fungen como acreedores de las necesidades colectivas llamadas a cubrir por la empresa pública. Se trata de invitar a analizar una cuestión todavía no conectada o no suficientemente discutida determinada por la necesidad de producir un nivel adecuado de apertura de estas nuevas empresas públicas a la sociedad civil para posibilitar un nivel de intervención y control social adecuado en orden al afianzamiento del mandato constitucional de protección de los intereses económicos de los usuarios contenido en el Artículo 42 de la Constitución reformada.

A poco que consideremos que nuestras modernas constituciones están transitando del tradicional modelo “constitucional representativo” –en el que el pueblo solo deliberaba y gobernaba mediante sus representantes– a un nuevo modelo “constitucional participativo” –en cuyo eje se centra en la persona humana como acreedor de toda relación de derecho público–, podremos verificar la racionalidad de lo expuesto y la coherencia de este hito que estamos proponiendo: el reconocimiento de un nivel de intervención efectiva del individuo en las acciones de control público.

Entonces, desde el sistema de derechos aprecio la necesidad de abordar el impacto que poseería sobre el control de la empresa pública –en orden a sus ratios de legitimidad– el paso del anterior modelo constitucional democrático representativo tradicional clásico a la nueva racionalidad constitucional deliberativa participativa¹⁶ progresivamente sugerida por la fuerza expansiva del orden público supranacional de los derechos humanos a partir

¹⁵ Ampliar en: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 142 y sigs.

¹⁶ Sobre la justificación del modelo democrático deliberativo participativo ver: Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad, 2002; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998; *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 2000; *Verdad y justificación*, Madrid, Ed. Trotta, serie Ensayos filosóficos, 2002, para quien “la democracia no es un mero agregado de intereses o preferencias sino un complejo mecanismo deliberativo para definir qué preferencias, qué instituciones, qué políticas públicas están o deben ser justificadas”; Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 1997; Haberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, Madrid, Tecnos, 2002; Pettit, Philip, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad, 1999; Fearon, James, “La deliberación como discusión”, en Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 2001; Porras Nadales, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates nº 50, 1994; Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo participativo deliberativo”, en *Cuestiones Constitucionales*, num. 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, julio-diciembre 2004.

de nuestra reforma constitucional de 1994¹⁷. Esto porque el sistema general de control público vigente no vincula a la sociedad civil a la relación de control público¹⁸. Entiendo que esta cuestión debe discutirse en el marco del control de aquellas nuevas empresas públicas cuyo objeto se relacione con la atención de necesidades de interés general¹⁹.

Así es importante destacar que la sociedad civil y los particulares solo tenemos reconocido –y con cortapisas– el derecho de acceso a la información pública, más un errático conjunto de derechos de participación²⁰ que en el ámbito de la Administración confluyen, con carácter principal, en débiles mecanismos de acceso a la información y en el sistema de audiencias públicas si bien, en este último caso, con la previsión de ausencia de vinculatoriedad de la

¹⁷ Ampliar en: AA. VV., Bidart Campos - Sandler, *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1995, especialmente en: Rajland, Beatriz y Constante, Liliana, “Mecanismos de democracia semidirecta”, pp. 169-181; Agulla, Juan Carlos, “Fundamentos interpretativos de la reforma constitucional”; AA. VV., Bidart Campos - Gil Domínguez, Buenos Aires, La Ley, 2001, especialmente en: “Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, especialmente en: Amaya, Jorge Alejandro, “Derechos y participación política en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires” pp. 43-67.

¹⁸ En ocasiones pasadas he considerado que se perciba o no, “la resignificación de los derechos de participación en el control se opera en nuestro sistema por intermedio de un auténtico orden público supranacional [...] Ello determinará que estos nuevos derechos adquieran un contorno más preciso mediante el establecimiento normativo de su contenido y el reconocimiento de su titular, unido a una tutela institucional que será provista por las reformas introducidas en el sistema de poder y la provisión de los consecuentes cauces para su ejercicio [...] Como es sabido, dado que los instrumentos internacionales señalan un contenido básico de los derechos, el reconocimiento de la participación de modo alguno permite apreciar el desarrollo de estas garantías como un proceso acabado. La importancia de este tercer núcleo finca entonces en que convierte al reconocimiento normativo de los derechos en un proceso dinámico, en construcción y expansión permanente, en el cual es el nuevo orden público supranacional el que recaba de los estados el deber de garantizar lo necesario para su efectivo desarrollo. Corolario de lo expuesto será la imposibilidad de reversión de los umbrales de protección alcanzados por el sistema interamericano de los derechos humanos”. (Damsky, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en AA. VV., Bidart Campos, Germán; Gil Domínguez, Andrés (Coordinadores), *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 171 y sigs.).

¹⁹ Se trata de efectivizar las conexiones verificadas en el plano constitucional entre los derechos de participación e intervención especificados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las derivaciones concretas de los postulados dialógicos del modelo democrático-participativo y deliberativo trazado en dicho plano supranacional a partir de las racionalidades filosófico políticas en el pensamiento de Habermas, Rawls, Nino, entre otros autores supra citados (ampliar en: Damsky, Isaac Augusto, “Revitalización del procedimiento administrativo: Nueva legitimidad democrática, expansión tecnológica y rol del abogado”, en prensa: AA. VV., Alonso Regueira, Enrique, Coordinador General, *El control de la actividad estatal - Ciclo de Debates Dr. Omar Dalmazzo*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2016).

²⁰ Ampliar en Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit., pp. 142 y sigs. La Profesora Ivanega nos enseña: “En el ámbito nacional aún no se ha dictado una ley general marco de participación ciudadana, sin perjuicio de que existe un plexo normativo sustentado en la Constitución Nacional que implícitamente lo prevé en los Artículos 1º, 14 y 33 y en forma expresa en los Artículos 38, 41, 42, 43, 75, inc. 22. [...] En realidad este principio se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas y se instaló en diversas dimensiones del vínculo entre los gobiernos y los ciudadanos. La participación forma parte del proceso denominado gobernanza que marcó cambios en las sociedades y en los poderes públicos”.

decisión para con las conclusiones que se viertan en el acta de cierre. Ahora bien, estos incipientes reconocimientos de mecanismos activos de participación, unidos a una legitimación procesal administrativa de carácter amplio y en progresiva expansión, nos permitirían inferir que no resultaría descabellado sostener que el próximo paso sea lograr el desarrollo de mecanismos efectivos de intervención –no ya la sola participación– en algunas de las instancias que integran los ciclos de control público dentro del modelo actual, tal como ha ocurrido con ensayos de auditoría ciudadana, las cuales fracasaron por el desaliento de su nula vinculatoriedad.

El control público, entonces, creo que no puede ser más pensado como una potestad exclusiva y excluyente de la organización administrativa tradicional. Piénsese en el modelo vigente, el desarrollado en la Ley de Administración Financiera que atribuye con exclusividad la titularidad de su sistema de control en sus arquetípicos organismos: Auditoría General, Sindicatura General y Unidades de Auditoría Interna, principalmente²¹. De allí, discutir el control de la empresa pública trata también de invitar a pensar el derecho a que se reconozca un nivel aceptable de participación e intervención en la planificación, en la faz previa de la gestión –comprendiendo la definición de objetivos y metas– y en los procedimientos de un control público que no puede ser ya más entendido como una actividad privativa del sistema de poder sino que debemos comenzar a pensarlo como un derecho.

Por ello es necesario reparar en el cambio de paradigma constitucional. Es que tal como se viene proponiendo, el paso del tradicional modelo constitucional originario, propio del constitucionalismo clásico, estructurado en base a los postulados de la democracia representativa al nuevo constitucionalismo humanitario que propicia transformaciones hacia un modelo abierto y dialógico en términos de democracia deliberativa participativa, extiende los confines de la legitimidad de la persona y la sociedad civil en pos del reconocimiento de niveles adecuados de participación e intervención en el diseño de las políticas públicas, la programación, la gestión y muy especialmente en el control público. Si la empresa pública conforma un efector de implementación de políticas públicas y de atención de necesidades colectivas, de ello debe seguirse la legitimidad social de reclamación de un lugar para ser oída²², especialmente en la planificación y el control.

²¹ Respecto de las condiciones de operatividad del sistema de control público de auditoría y su diseño institucional instaurado por los regímenes de administración financiera, me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La jerarquización constitucional del control en la Ciudad de Buenos Aires. Sobre la Auditoría General. Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política”, en AA. VV., Bidart Campos, Germán - Gil Domínguez, Andrés (Coordinadores), Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pp. 277-308.

²² Tal como enseña la Profesora María Jeanneret de Pérez Cortés: “[...] los recursos públicos son propiedad de todos y, si no se los siente como propios, falta el incentivo para cuidarlos [...] En definitiva, enfocado el tema desde un punto de vista estrictamente crematístico, puede afirmarse que los incentivos para que el gasto público en el sector estatal sea eficiente se encuentran aletargados: por un lado, juega la premisa de que un gran administrador no se va a llevar todas las ganancias que su accionar genere, como tampoco asumirá las pérdidas quien sea ineficiente; por el otro lado, no hay control eficiente de la gestión. ¿A qué estímulos deben recurrirse? [...] Es imprescindible: [...] a) Hacer realidad el deber del Estado de dar a publicidad e informar sus actos y el derecho del ciudadano al libre acceso a la información producida por el Estado, con reconocimiento de una legitimación amplia al efecto [...] c) Fortalecer la participación ciudadana y de los medios de comunicación” (autora y obra citada, pp. 44, 46).

IV. El contexto del control de la empresa pública. Eficiencia y control de gestión

Sin dudas el control público de las primeras décadas del siglo XXI encuentra, entonces, en las nuevas empresas y sociedades anónimas del Estado una nueva arena en la cual medir sus fuerzas transformadoras. La adopción de este nuevo modelo de empresa pública bajo la arquetípica forma iusprivatística de la Sociedad Anónima Comercial pura pone al control público y sus técnicas ante una nueva realidad de cambio y adaptación orientada a superar las deficiencias apuntadas del régimen vigente, al tiempo de incentivar la participación e intervención activa de la sociedad civil. Y no se me escapa que, vinculado al control, al mismo tiempo el actual diseño de la empresa pública constituye una primera fase orientada a operar el dinamismo y flexibilización de las formas de organización de las haciendas productivas adecuadas e idóneas para posibilitar, acaso, un ulterior desarrollo de mecanismos de asociación público privada, como nuevo modelo de gestión de las actividades económicas serviciales públicas y de interés público, tal como viene abriéndose camino en toda Latinoamérica y se encuentra ya muy consolidada en toda Europa a través de las relaciones contractuales de *partenariat* público privado²³.

Por eso, esta nueva empresa pública le plantea nuevos desafíos al control público. Le provee nuevos horizontes de expansión, nuevos ámbitos de control y con ello la necesidad de efectivizar ciertas técnicas de control –que si bien, aclaro, se encontraban previstas, ahora lucen indispensables–; técnicas superadoras de las tradicionales prácticas de controles de legalidad o de carácter financiero o contable puro²⁴.

Esta nueva racionalidad aspirada por el nuevo modelo de empresa pública, en mi opinión, requiere entonces resignificar y reconfigurar la técnica del control de gestión como instrumento de medición de eficiencia empresaria pública en términos de resultados exitosos entendidos como el logro del máximo nivel de satisfacción posible de necesidades colectivas llamadas a cubrir.

²³ Ver: Damsky, Isaac Augusto, “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica”, en *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional A&C*, Belo Horizonte, Brasil, año 2007, N° 27, enero-marzo 2007, pp. 11 a 42. Y Damsky, Isaac Augusto, “Breve caracterización de las nuevas modalidades de contratación públicas en Argentina”, en Fernández Ruiz, Jorge; Santiago Sánchez (Coord.), *Contratos Administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, pp. 71 a 96.

²⁴ Ver: Damsky, Isaac Augusto, “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, en Suplemento de Derecho Administrativo de Ed. El Derecho, Año XLVII, N° 12307, del 31 de julio de 2009 – EDA, 2009-546; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Aproximación a la crisis y transformación del control”, en *Control de la Administración pública. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 141 a 173; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Los nuevos horizontes del Defensor del Pueblo”, en Cisneros Farías, Germán; Fernández Ruiz, Jorge; López Olvera, Miguel Alejandro (Coord.), *Ombudsman Local. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 151 a 177.

IV.1. Las convenciones internacionales contra la corrupción²⁵

Debe advertirse que esta estructura, si bien se encontraba normativamente positivizada en los regímenes de Administración financiera—sin perjuicio de las inferencias sostenidas a partir de la enmienda al Artículo 2° del Decreto N° 1.957/1992—y universalmente aceptada por la doctrina²⁶, no es otra cosa que la plasmación de postulados propuestos por los organismos internacionales y que merecieron luego reconocimiento, fronteras afuera y con vocación de supranacionalidad²⁷, tanto en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) cuanto la consecuente Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Así, en el primer caso, siguiendo el pensamiento de Agustín Gordillo corresponde reconocer que toda la CICC atraviesa íntegramente a la función pública y pone bajo su normación todo el quehacer estatal sin distinciones respecto de la forma adoptada para ello. Queda comprendida la empresa pública. La estructuración amplia de las definiciones

²⁵ Ampliar muy especialmente en el meduloso análisis realizado por la Profesora Miriam Ivanega en *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, *op. cit.*, pp. 79 a 84.

²⁶ Ver: Damsky, Isaac Augusto “La jerarquización constitucional del control en la Ciudad de Buenos Aires. Sobre la Auditoría General. Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política”, en AA. VV., Bidart Campos, Germán - Gil Domínguez, Andrés (Coordinadores), Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pp. 277-308. En esa oportunidad, siguiendo las nociones universalmente aceptadas—explicitadas desde el derecho público por Santamaría Pastor y desde la economía en el pensamiento de Samuelson, principalmente—, se dijo respecto de los principios de eficacia y eficiencia que “su inclusión en el texto constitucional y en la Ley N° 70 como parámetros del control administrativo invitan a pensar que a la Administración pública se le exigirá ahora la producción de un determinado resultado efectivo: surge así la ‘efectividad’, el ‘éxito’ como criterio de legitimidad de su actuación. Sin entrar en detalles señalaré que suscitó el rechazo de sectores que tachan a tales principios de perversos criterios de medida y que asimismo carecen de un contenido y alcance determinado. Deben identificarse ambas nociones. Por eficacia se evoca la producción intencionada de una realidad adecuada a un objetivo prefijado. Así mientras esta alude a la producción real de un efecto, la eficiencia se refiere más bien a la idoneidad de la actividad—o de los medios—dirigida a dicho objetivo. Siguiendo un criterio económico podría decirse que eficiencia es la utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y la tecnología dados. Mide, pues, la capacidad o la calidad de la actuación de un sistema o sujeto económicos para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el empleo de recursos” (*op. cit.*, p. 282).

²⁷ Ampliar en la obra del Maestro Agustín Gordillo. En especial en su reciente tomo 11 a partir de su relectura sistematizada de anteriores trabajos. Ver: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 11, Buenos Aires, FDA, 2015, pp. 77 y sigs., quien nos enseña: “La Convención Interamericana contra la Corrupción tiene una larga prosapia en el derecho norteamericano del cual proviene [...] Luego de la caída del Estado de Bienestar producida por los condicionamientos económicos y financieros que se agravan en un entorno supranacional [...] es casi un silogismo el que lleva a la necesidad de atacar a la corrupción y otros fenómenos que se vinculan a ella, en especial el gasto ineficiente o dilapidador. [...] Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos [...] alcanzan a los organismos de control [...] inciden en la relación con los usuarios de los concesionarios y licenciatarios en situación de monopolio o exclusividad en la prestación de servicios públicos [...] pensamos que en los países alcanzados por sus normas corresponde incorporar su análisis como uno de los temas generales del derecho administrativo positivo. [...] Es pues urgente, muy urgente, que los abogados conozcamos sus normas y principios” (obra y autor citados, Tomo 11, pp. 79, 80, 81).

generales sobre “función pública” y “funcionario público”²⁸ presentadas en su Artículo I con total sencillez y claridad expositiva despeja toda duda. No puede postularse una interpretación en contrario dada la simetría conceptual contenida en la enunciación expresa del Artículo 2º, inciso a, de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ello impacta a la empresa pública en su modalidad actual a pesar de las formalidades de estructuración bajo el molde de las sociedades anónimas comunes ya que sus objetos, recursos, bienes, metas y finalidades están siempre en mayor o menor medida teñidos por atributos de carácter público y son innegables efectores de políticas públicas²⁹.

Siendo así, se impone apreciar la fuerza normativa de la Convención respecto de las cuestiones de fondo que nos interesan en orden a la elucidación de los parámetros de eficiencia que presiden al control de esta renovada forma de actuación pública.

Veamos, por ejemplo, el Artículo III, inc. 1º, que exige un correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, evitar conflictos de intereses, asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, con actos que lleven a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios y en la gestión pública³⁰.

²⁸ CICC, “Artículo I: Definiciones: Para los fines de la presente Convención, se entiende por: ‘Función pública’, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. ‘Funcionario público’, ‘Oficial Gubernamental’ o ‘Servidor público’, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

²⁹ Se ha dicho: “[...] si bien en el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal el interés público es alcanzado mediante objetos privados y reglas propias de derecho privado, tras éstos existe un claro interés colectivo que es contenido y explicitado por el derecho público. Así cuando el legislador dice cuál es el régimen aplicable en términos parciales, éste debe completarse con el derecho público en razón del sujeto (Estado) y el fin colectivo de las sociedades (interés colectivo)”. (Cfr. Storioni, Gabriela, “¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, op. cit., p. 257, con cita al Tratado del Profesor Carlos Balbín y la obra del Profesor Alberto Bianchi). En sentido coincidente ver: Carbajales, Juan José, *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal*, Buenos Aires, Ed. Rap, 2011, p. 45. Señala el autor: “[...] fueron creadas una serie de sociedades anónimas enmarcadas expresamente dentro de la Ley Nº 19.550 que son de propiedad exclusivamente estatal, pero no están encuadradas dentro de la especie de las SAPEM (Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria). [...] una de las técnicas utilizadas vuelve a ser la creación de empresas públicas pero ahora bajo una nueva modalidad jurídica, a saber: las sociedades comerciales regidas por la legislación común a todas las sociedades anónimas, pero que, además de su forma privada, tienen—de hecho— fuertes atributos de carácter público, sea en lo que se refiere a su forma de creación o a la propiedad de su capital, como a su finalidad o al control al que están sometidas”.

³⁰ Cfr. Agustín Gordillo: “Aunque estas y otras obligaciones aparezcan *prima facie* remitidas a las normas internas, su manifiesta claridad demuestra que son inmediatamente operativas, porque ninguna ley interna hace falta para saber qué conceptos jurídicos indeterminados o principios jurídicos tales como los enunciados son perfectamente aplicables por la justicia nacional o en su caso extranjera. Ninguna norma reglamentaria hace falta para aplicar esa pléthora de principios jurídicos. No debe llamar a confusión que el Art. III hable de medidas preventivas: Son preventivas de la corrupción *strictu sensu*, pero son operativas” (obra y autor citados, Tomo 11, p. 88).

Destaco que en ambos instrumentos se especifican asimismo dos elementos importantes. Primero, la asimilación de toda forma empresarial pública a la noción de función pública, en los términos generales establecidos en el Artículo I de la CICC, y explicitados en el Artículo 2º, inciso a, de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción al enunciar la expresa inclusión de las empresas públicas³¹. Y, segundo, se les reconoce como objetivo de la gestión pública empresarial la consecución de una gestión eficiente, conforme el Artículo III, inciso 5º, de la Convención Interamericana Contra la Corrupción³² y la previsión contenida en el Artículo 5.1. de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción³³, norma ésta última que asimismo explicita el deber del legislador nacional de prever específicos mecanismos de participación ciudadana en el control.

IV.2. Control de gestión. Bases constitucionales y Ley de Administración Financiera

En simetría conceptual con lo dicho tenemos para el ámbito interno inscripto en la letra del Artículo 42 de nuestra Constitución Nacional reformada el mandato: “[...] las autoridades proveerán al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos”, a lo que se agrega el gran objetivo trazado por la Ley de Administración Financiera N° 24.156 de “garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficacia y eficiencia en la obtención y aplicación de los recursos públicos”. No se nos escapa que tales objetivos y deberes conllevan también el deber de observancia de comportamientos éticos³⁴.

Este marco normativo, sin duda, debiera fungir como ratio de la actuación de las empresas públicas. Constituye un plexo jurídico de deberes positivos exigibles por parte de la sociedad civil. Estamos hablando de deberes que reconocen como contracara un conjunto de derechos fundamentales positivos y exigibles que también se subsumen en un derecho especificado en el propio Artículo 42 de la Constitución reformada: el derecho a

³¹ La norma establece en su parte pertinente: “Por ‘funcionario público’ se entenderá [...] ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública”.

³² Al estipular la obligatoriedad de los Estados nacionales de desarrollar: “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”. Ampliar en Gordillo, Agustín, *op. cit.*, Tomo 11, p. 87.

³³ La norma establece: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”.

³⁴ Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Eficacia, eficiencia y ética”, en AA. VV., *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ed. Rap, 2012, p. 42; con cita a los trabajos del Profesor español Jaime Rodríguez Arana (“La ética en la modernización de las Administraciones públicas”, en *Derecho Administrativo*, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Volumen 11) y del Profesor uruguayo Carlos Delpiazzo (“El derecho administrativo como garante de la ética pública”, *ED*, 27-4-2011).

la protección de los intereses económicos del usuario en la relación servicial pública³⁵ que se encuentra insitadamente conectado al deber de eficiencia. Dota así de contenido, objeto y finalidad al deber de eficiencia en tanto base del control de gestión de las empresas públicas cuya actividad posea cariz servicial público o traduzca el acometimiento de actividades económicas de interés público³⁶.

Así planteadas las cosas, corresponde decir que esta interdependencia jurídica establecida entre el derecho a la protección de los intereses económicos *vis a vis* la eficiencia estructurada bajo los postulados del control de gestión opera, en lo atinente a la evaluación del desempeño de la empresa pública, aquella transformación magistralmente advertida por Agustín Gordillo: de la tradicional y anterior obligación administrativa de medios³⁷ –otrora centrada en el estricto apego a las formas procedimentales esenciales– se pasará a una obligación de resultados determinada por el análisis de la eficiencia del gasto o inversión pública y del nivel de satisfacción de los resultados, metas y cometidos alcanzados sobre la base de los objetivos trazados en la planificación previa de gestión traducidos en el nivel de cobertura de las necesidades colectivas de la población beneficiaria y destinataria de sus prestaciones³⁸.

Esto es importante, porque siguiendo a Gordillo, la ilegalidad o ilegitimidad de una gestión no estará solo determinada por el desapego a las formas y los procedimientos sino por la comprobación de gestión ineficiente, dispendiosa, antieconómica³⁹. Es decir, la eficiencia como categoría fundante de legitimidad se conecta con la finalidad de satisfacción apropiada de necesidades colectivas.

³⁵ Ampliar en Salomoni, Jorge Luis, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, en *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, 28-10-2003.

³⁶ Es importante que en materia de empresas públicas se efectúe la necesaria distinción que explicitan autores reconocidos como la Profesora Estela Sacristán, quien con su característica claridad y concreción explica: “[...] es posible diferenciar empresas estatales cuyo objeto sea la prestación de un servicio público o de alguna clase de servicio calificado como de interés general, y empresas estatales cuyo objeto sea prestar otra clase de servicio, o bien llevar a cabo una actividad típicamente industrial o comercial [...] En síntesis, podríamos preguntarnos, en el marco de esas asimetrías, si los recaudos de eficiencia fijados en el Artículo 42 de la Constitución Nacional aplican solo a los servicios públicos cuando media prestación privada, o también cuando media prestación estatal mediante, por ejemplo, una empresa estatal, y, en caso de adoptarse la postura amplia, que exige eficiencia en uno y otro caso, podríamos preguntarnos si esa eficiencia es exigible cuando media prestación estatal de un servicio no calificado como público” (Sacristán, Estela, AA. VV., *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, *op. cit.*, pp. 106 y 107).

³⁷ Explica Agustín Gordillo: “En nuestra clásica legislación de contratos administrativos se exigía solamente una obligación de medios: cumplir un determinado procedimiento de contratación [...] nada exigía la ley interna al agente público en cuanto al objeto mismo de la contratación y sus efectos para la sociedad, su relación costo-beneficio, su relación con precios internacionales” (autor y obra citados, pp. 86 y 87).

³⁸ Prosigue Agustín Gordillo: “Ahora la CICC, norma suprallegal operativa, impone una obligación de resultado, cual es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal. [...] Por ende, la ineficiencia es ilegal y genera responsabilidad [...] por contrariar en ambos casos el requisito que, en el segundo supuesto, exige el Art. III, inc. 5° de la CICC” (autor y obra citados, p. 87).

³⁹ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 11, *op. cit.*, pp. 87 y sigs.

La amplia diversidad de casos de participación estatal en la economía y el desarrollo, nos evidencia que el control público debe adaptarse y repensarse para cada caso. Los controles tradicionales de legalidad y financiero deben adecuarse a la naturaleza, fines y objetivos de cada modalidad de intervención, apuntando a un control de gestión. Sin embargo, esto nos abre un nuevo abanico de interrogantes. ¿Cómo se definen y explicitan los objetivos y metas de gestión, sobre cuya base se realizará el control de gestión?

Y ello plantea un desafío muy interesante porque, para mí, el principal reto que tiene ante sí el control de la nueva empresa pública se determina por la búsqueda de las técnicas de control de gestión más adecuadas para determinar en cada caso la construcción de los parámetros de medición apropiados para operar una evaluación de la gestión por resultados frente a cada objetivo concreto trazado para cada situación concreta de cada una de las empresas públicas singularmente consideradas.

Sin duda, la herramienta del control de gestión y su evaluación por resultados bajo la ratio de eficiencia se presenta como uno de los principales desafíos en materia de control de la nueva empresa pública⁴⁰.

IV.3. Las transformaciones del derecho público actual y el control de gestión

Llegado hasta aquí diré que a todo este nuevo contexto fenomenológico del control de la nueva empresa pública se agrega el progresivo reconocimiento de nuevos sujetos cotitulares del interés público implicados en la relación de control como tributario del explicitado paso del modelo constitucional originario democrático representativo al democrático participativo. Unido a ello se encuentran estos verdaderamente nuevos poderes públicos muñidos de poderes de imposición e intervención más intensos, sofisticados e imperceptibles que las tradicionales y previsibles técnicas de gestión⁴¹, provenientes del derecho público clásico, e imperantes hasta las últimas décadas del siglo XX.

De esta manera, pensado el control de la empresa pública desde el sistema de poder tenemos que el inveterado “cariz funcional público” del control plasmado en el incólume sistema vigente de 1992—la Ley de Administración Financiera—que se encuentra determinado por la sempiterna interdependencia sistémica existente entre “organización administrativa

⁴⁰ Ampliar en el trabajo de Juan José Carbajales, quien sostiene: “[...] una adaptación a las nuevas necesidades sociales, así como al marco constitucional emergido de la última reforma, impone la adopción de un perfil distinto para las empresas del Estado, a saber: chicas, profesionalizadas y eficientes. Ello, a partir de asumir esta última propiedad, esto es, la eficiencia, como una condición *sine qua non* de toda gestión económica actual [...] se presenta ahora como un condicionamiento que ha dejado su impronta en el campo social, por lo que [...] cabe reconocer que la demanda de eficiencia persiste aún en esta primera década del siglo XXI”. (Cfr. Carbajales, Juan José, *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal*, p. 106).

⁴¹ Especial referencia merece el pensamiento del célebre profesor catalán Juan Ramón Capella, cuyo realismo permite comprender los fundamentos reales de la actualidad de un proceso gestado décadas atrás e insitamente conectado al fenómeno de la globalización y los nuevos campos del poder real. Ver: Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, especialmente su Capítulo V, “Poder y Derecho en Babel”.

de control” y la “organización administrativa de gestión”⁴², determina que no sea posible reflexionar sobre el control de la nueva empresa pública sin considerar o reparar en las peculiaridades propias de la organización singular de cada una de las nuevas empresas públicas, las cuales no responden a un patrón común contenido en un régimen general sino que su diseño institucional ha sido pensado frente a cada caso a partir de las peculiaridades propias del marco lógico que plantea cada “modelo de negocio” a atender por cada unidad de negocio ofrecida por la nueva empresa pública.

De allí la importancia de tomar en consideración, frente a los supuestos concretos, las principales características que se plantean en cada diseño institucional de empresa pública. Así, creo necesario decir que transcurridos ya varios años desde la crisis de 2001, sus consecuencias siguen marcando la agenda de las políticas públicas. Aquella traumática vivencia no tuvo efectos solo en el plano institucional y político, sino, fundamentalmente, en un intento de reformulación de la relación Estado-Sociedad. Muchas de las empresas públicas privatizadas, en su mayoría de capitales extranjeros, no pudieron adaptarse a las nuevas condiciones macroeconómicas, como la salida del tipo de cambio fijo a uno de flotación administrada, y lentamente, fue emergiendo de manera contingente esta nueva modalidad de intervención estatal, originariamente pensada como transitoria, que tiene tantas similitudes como diferencias en cuanto al abordaje estatal de la intervención⁴³; de allí que no se haya verificado un único modelo de intervención estatal en la economía.

⁴²En ocasiones pasadas he considerado que esa interacción se construye a partir de la concurrencia simultánea de dos factores: coordinación y evaluación, de manera de lograr que “el objeto central del control sea el examen de la coherencia entre los objetivos, los procedimientos y los resultados del accionar administrativo. De tal forma se podrá evaluar la conformidad de la actuación administrativa con las reglas preestablecidas y la capacidad de pasar cuentas de la actuación realizada [...]. De esta forma los elementos que componen una correcta noción del control nunca se centrarán en la imposición de una potestad sobre la otra –toda vez que se desplazaría el ajuste mutuo que debe darse en un adecuado proceso de coordinación– con el consiguiente impacto negativo que los estamentos burocráticos pueden desplegar contraviniendo las directivas. Es por ello que un elemento necesario de control ha de centrarse en su faz coordinadora, armonizadora del obrar de los órganos de la Administración centradas sobre una premisa integradora [...] la evaluación respondiendo a criterios armonizadores ha de realizarse no solo de arriba hacia abajo, sino a su vez de abajo hacia arriba mediante la coordinación del accionar de los diversos órganos de la Administración. Se agrega a ello la idea de continuidad, regularidad e inmediatez en el proceso de evaluación, constituyéndose en un factor concomitante e ininterrumpido del control” (Damsky, Isaac Augusto, “El sistema de auditoría general como técnica de control de la Administración financiera. Análisis crítico de su previsión para la ciudad de Buenos Aires”, en *Revista Actualidad en Derecho Público* N° 13, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 177-178).

⁴³ Ver: Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 683, al explicar las razones que indujeron a la adopción de modelos especiales, y ciertamente transitorios, para cada empresa estatal: “[...] es posible que el Estado participe como prestador y no simplemente como regulador, pero con el propósito de salvar los déficit del mercado, es decir, sus externalidades, o en caso de incumplimiento de los concesionarios de los servicios públicos. En el primer caso el modelo más cercano es el de las sociedades del Estado; en el segundo, el régimen de las sociedades comerciales encaja mejor. Pensemos. En el caso particular del nuevo modelo de las sociedades anónimas de propiedad estatal, el trasfondo es más claro porque su integración por el Estado es sólo de carácter transitorio, esto es, desde el momento de su creación hasta su posterior traspaso en el sector privado. En efecto, estas sociedades solo pertenecen al Estado con carácter temporal y accidental, justificándose ese traspaso desde el sector privado por razones coyunturales de orden político y económico. El propio Estado sostiene expresamente, en ciertos casos, que las sociedades deben volver en el menor tiempo posible al sector privado”.

Esta circunstancia resulta sustantiva a la hora de plantearse las modalidades, fines y procedimientos del control de las nuevas empresas del Estado. El proceso de mayor participación estatal en la economía se fue adaptando a cada circunstancia, sin replicar en las situaciones particulares un único modelo⁴⁴.

Los modelos existentes de gestión por resultados aplicados a la gestión pública, mediante el establecimiento de metas explícitas, resultan loables y útiles, especialmente para áreas de gestión operativa, cuyas actividades y metas puedan ser mensurables con relativa certeza, y le sean comprometidos los recursos adecuados para la consecución de las metas acordadas.

No obstante, el principal control por resultados en toda organización, pública o privada, debiera ser el control por parte de los accionistas, sean estos o no, de naturaleza pública. Por ello, resulta esencial la diversidad de actores públicos y privados, en la conducción de las empresas, que permitan oponer controles al control de los resultados de la gestión. Claro que el accionista mayoritario –por naturaleza– es reacio a permitir el control al accionista minoritario, a lo que se agrega que en el caso de las nuevas empresas públicas el Estado es además reacio a incorporar al capital privado en la participación accionaria.

Esto es importante porque el Estado elige formas privadas de gestión pero integra el capital de estas empresas con aportación enteramente estatal. Se aprecia muy conveniente, tal como viene abriéndose camino en la realidad latinoamericana, explorar las posibilidades reales de amalgamamiento con la iniciativa privada. A modo de prospectiva diré que un objetivo deseable en términos de gestión y control necesita considerar la posibilidad de que la empresa pública se abra a la opción de explorar modalidades de asociación público-privada.

El modelo de sociedad anónima resulta ideal como vehículo de inversión privada directa dentro de un marco de colaboración empresaria.

Un camino que habría que explorar, antes que plantear el tema en términos dicotómicos de Estado *versus* Mercado, sería cómo encontrar la adecuada articulación en cada caso particular. En algunos, con mayoría estatal y controlador privado, y en otros, con mayoría privada y controlador estatal, con lógicas combinadas de interés público y beneficio económico. Y aquí, tal vez resida uno de los ejes de otra problemática, ajena al objeto de estas aproximaciones pero vinculada a ellas: cómo el Estado atrae el ahorro interno hacia las necesidades de desarrollo en infraestructura del país. Una adecuada combinación de participación estatal y privada en sectores estructurales de la economía –como el energético, vial, ferroviario y muchos otros– brindaría certidumbre a la hora de invertir en proyectos de riesgo y largo plazo, y permitiría movilizar parte del ahorro interno hacia esos fines.

⁴⁴ No obstante, el denominador común en este proceso ha sido la utilización de la explicitada forma societaria de derecho privado, la sociedad anónima, como instrumento de gestión estatal. Ver: Cfr. Stortoni, Gabriela, “¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, op. cit., p. 240. Explica la Profesora Gabriela Stortoni que “debemos partir de la base de que la elección de la figura societaria privada es, *ex profeso*, con el objeto de lograr una autonomía y operatividad más apropiada para el desarrollo de los negocios y la asociación con capitales privados, una mayor flexibilidad en las estructuras jerárquicas y laborales, la ventaja de aplicar procedimientos de contratación privados más ágiles que los burocráticos, propios del derecho público, todo ello en virtud de que el sistema de derecho público no está pensado para la vorágine propia de los mercados industriales o mercantiles”.

V. A modo de epílogo

La heterogeneidad en materia de modalidades de participación estatal en la economía plantea desafíos a la hora de establecer el control de gestión. El aporte de la gestión por resultados puede brindar elementos que permitan encuadrar el control en base a objetivos y metas de gestión explícitas, pero el principal control—en términos concretos de realidad y efectividad—continúa hoy residiendo en el estamento decisorio de las empresas y muchas de las veces bajo racionalidad política, otras bajo ratios económicas y pocas veces bajo cánones jurídicos. Quiero significar que un abordaje concreto del control público en esta materia nos revela que muy escasamente en el modelo vigente se logren cumplir sus atributos mínimos de operatividad determinados por la verificación de existencia de (i) independencia de criterio del controlador y (ii) efectividad de un control por oposición entre controlador y controlado. Ni lo uno, ni lo otro.

Se agrega la verificación de otros tantos condicionantes fácticos que en concreto desvirtúan la efectividad del sistema general de control previsto en la Ley de Administración Financiera debido a (iii) la especificidad y el estrecho marco de conocimiento del controlador externo cuya actuación, la más de las veces, se reduce a la observación de aspectos formales que inclusive logran ser constatados con mucha posterioridad. Materialmente el controlador se encuentra tan limitado no solo por las dificultades de acceso a datos e información relevante sino respecto de las materias llamadas a conocer y la oportunidad de la revisión, que su control *ex post* termina ejecutándose con manifiesta extemporaneidad. El control posterior no es ya a ejercicio fiscal vencido sino a gestión largamente fenecida. Es un dato de la realidad que el controlador externo enfrenta enormes dificultades para acceder tanto a la información cuanto a los datos, por otras tantas debilidades estructurales de los mecanismos impuestos por la Ley de Administración Financiera. La inexistencia de resortes que faciliten el acceso autónomo, independiente y en tiempo real al universo de datos e información auditable conspira contra el ejercicio de un control externo de calidad.

Entonces, dentro del marco descripto, pensemos en cómo efectivizar el control de gestión bajo las ratios de eficiencia—tal como se comentó en este trabajo—y la complejidad que conlleva la construcción de indicadores adecuados para mensurar la eficiencia de cada empresa pública en especial, advirtiendo que cada una posee un diseño específico y singular. En las condiciones actuales resulta muy difícil sostener que podamos lograr un control externo eficaz y efectivo en tiempo real que redunde en verídica utilidad de los actores del sistema.

Por esto pienso que se deben fortalecer los propios resortes de control interno societario en cada una de las empresas públicas pero con una óptica que nos permita comprender que—tal como enseña Agustín Gordillo—el problema del control de la empresa pública es interdependiente del problema de la distribución del poder político en la sociedad, por lo cual ésta problemática se inscribe dentro del marco más general de la planificación y de la participación⁴⁵; acaso como cuestión pendiente vinculada al elevado objetivo trazado

⁴⁵ Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 147.

por la Ley de Administración Financiera de lograr mecanismos de control y gestión integrales, integrados y sistémicos con criterios de realidad que nos permitan superar las restricciones y cortapisas relativas a los alcances del control público y el control privado⁴⁶.

Siendo así, pienso que en aquellos casos de empresas públicas en que no tengamos presencia estatal excluyente y, muy especialmente, en los supuestos en que el Estado sea socio minoritario resulta indispensable el control por oposición en la toma de decisiones. Esto último lo estimo de importancia porque tal como acertadamente se ha advertido en doctrina, la Ley N° 24.156 excluye del control aquellos supuestos en los que el Estado sea socio minoritario; por tanto, como se señala, esta norma no alcanzaría a las sociedades en las que el Estado forma parte a partir del DNU N° 441/2011 en el capital o en la formación de las decisiones societarias⁴⁷.

Al mismo tiempo, tratándose de empresas que gestionan intereses públicos traducidos en necesidades colectivas, ha de pensarse en la necesaria apertura que posibilite un umbral de participación efectiva de los particulares en el control⁴⁸.

En síntesis, la propuesta hoy se enmarca en dos niveles. Por un lado, propiciar el desarrollo de instancias efectivas y activas de involucramiento de la sociedad civil en el control de las empresas públicas con base en los fundamentos de legitimidad asentados en la democracia deliberativa y participativa. Y por otra parte, generar condiciones que posibiliten intensificar esta intervención pública activa en la economía ahondando en las formas societarias más dinámicas, más aceptadas por los mercados y, por ello, más atractivas a la hora de captar inversión directa de capitales privados acudiendo a aquellos modelos de cooperación empresaria universalmente aceptados en estos tiempos, como por caso los contratos de *partenariat*.

⁴⁶ Es que tal como advierte Agustín Gordillo: “Constituye una observación común de la doctrina latinoamericana, el señalar que el tipo de control sobre la empresa pública varía conforme al tipo jurídico de que estemos tratando: más controles en las empresas de forma de derecho público, menos controles en las empresas de forma de derecho privado, con todas las naturales gradaciones intermedias. Sin embargo, también la mayor parte de los autores aclaran que las diferencias son más aparentes que reales, e incluso proceden a explicar el sistema de control sobre las empresas públicas sin formular distinciones demasiado tajantes conforme a los distintos regímenes jurídicos particulares de cada una: en la práctica, los controles tienden a funcionar de parecida manera, cualquiera sea el tipo de empresa pública de que se trate” (obra y autor citado, p. 147).

⁴⁷ Ver: Alfonso, María Laura, “La eterna incertidumbre de ser empresa pública en Argentina”, en AA. VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ed. Rap, 2012, p. 429.

⁴⁸ Ampliar en un anterior trabajo de mi autoría *supra* citado: Damsky, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en AA. VV., Bidart Campos, Germán; Gil Domínguez, Andrés (Coordinadores), *A una década de la reforma constitucional, op. cit.*, pp. 171- 198. Al respecto, creo en la prospectiva que Agustín Gordillo sentara a más de cuarenta años atrás, al decir: “Si se desea una democracia fuerte y estable, un pueblo no abúlico ni desinteresado de la vida pública, un pueblo que tome decisión responsable no solo cuando vota, sino también cuando a diario con su acción o inacción afecta la conducta pública [...] si se quiere una administración controlada, entonces se puede empezar por crear canales reales de participación y control de la comunidad en la toma de decisiones diarias [...]” (obra y autor citado, p. 120).

DESDE LOS DERECHOS

Todo ello en el entendimiento de que, hoy, en mi opinión, el paso adelante que debe dar la empresa pública debe orientarse a una apertura de cara a la sociedad civil y los mercados. Porque estos dos niveles no son excluyentes, sino que por el contrario se integran en una nueva gobernanza pública⁴⁹ y están llamados a confluir hacia un horizonte de progreso.

Es un paso en el sentido de la transparencia de la empresa pública⁵⁰, de su *auditabilidad* y su credibilidad y, en todo ello, es un gran paso en el fortalecimiento del real tejido productivo competitivo. Este es para mí su gran desafío actual en términos de control.

⁴⁹ Ver: Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit., pp. 142-143. La Profesora Ivanega nos enseña: “[...] con ese término se identifica un modelo de gobierno que en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado [...] la actuación política se engarza con los múltiples actores públicos y privados en una dinámica de interacción e interdependencia. Se supera la exclusividad de la gestión de los asuntos públicos por parte de los poderes públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad y se reconoce la pluralidad de agentes sociales que participan y cooperan en la toma de decisiones, en la gestión, en la evaluación y en las responsabilidades”.

⁵⁰ Como enseña la Profesora Miriam Ivanega: “La transparencia pública, a nuestro entender, refleja el valor de la verdad y, por ello, frente al despilfarro y al nepotismo debe ser exigible tanto a los funcionarios públicos como a los individuos que desde el ámbito privado interactúen con ella. Ese principio ha de ser impuesto tanto en la determinación de las políticas públicas, como en la gestión y en el control, éste en todas sus versiones”. (Cfr. Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit., p. 79).

EL DEFENSOR DEL PUEBLO. FUNCIONARIO PROMOTOR DEL CAMBIO

I. Introducción

El constituyente argentino de 1994 sostuvo que, con el objeto de promover un nuevo equilibrio en la gestión pública, debían fortalecerse las funciones de control en el rol del Congreso, por entenderlas de central importancia en la actual realidad parlamentaria¹.

Así, se postuló la necesidad de superar el antiguo control de legalidad para desbordarlo y llegar al control de gestión, de manera que ningún sector de la cosa pública quede fuera de su capacidad de inspección. Para la consecución de tales objetivos, produciendo un nuevo entrelazamiento entre el sistema de derechos y el sistema de poder, y, siguiendo las líneas directrices del modelo español², se otorgó jerarquía constitucional al Defensor del Pueblo de la Nación, en la nueva redacción del Artículo 86, con la finalidad de servir de elemento de control de la Administración pública nacional.

Sin embargo, el Ombudsman se había introducido en nuestra vida institucional—local³—con anterioridad. Se previó para la Provincia de Buenos Aires, mediante el Decreto N° 1.506 de 1984, siendo recepcionado en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires por medio

¹ Cfr. Diario de Sesiones de la *Convención Nacional Constituyente* 27-7-1994. Ponencia del Convencional Paixao, quien sostiene que el fortalecimiento del rol del Congreso contribuye a conseguir una mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, afirmando que la actual etapa histórica de la Argentina no es la del hiperpresidencialismo sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de los integrantes de la sociedad política.

² España incorporó al Defensor del Pueblo en su Constitución de 1978, con la finalidad de “[...] supervisar la actividad de la Administración” (Art. 54), extendiéndose su competencia a la revisión de la “administración de justicia”. (Cfr. Delgado, Salomón, *El Ombudsman*, México, Ed. Universidad de Guadalajara, 1992).

³ Cabe afirmar que las Provincias de Córdoba y San Luis lo poseen en su Constitución desde 1987; y San Juan, La Rioja y Salta desde 1986 en sus respectivas Constituciones.

de la Ordenanza N° 40.831, que en 1985 creó la Contraloría General Comunal, para la metrópolis. De esta forma, al momento de sanción de la norma nacional se contaba con una experiencia local de casi diez años que abonaron su incorporación.

En consecuencia, este trabajo procura discutir aquellas funciones que caracterizan al Defensor del Pueblo –y lo distinguen de otros organismos de control– como representante de los derechos fundamentales de los particulares a ejercer un nuevo control público que el siglo XXI pareciera comenzar a perfilarnos en el nuevo contexto latinoamericano en el cual se inscribe la crisis y transformación del modelo de Estado soberano que dominara la escena del siglo XX.

El análisis tendrá como referencia los modelos comparados que verdaderamente constituyan una aportación válida para atender los nuevos desafíos que tiene ante sí el Ombudsman argentino en el proceso de cambio, y, de esta manera, contribuir a la reconfiguración de su función de control⁴, a la ampliación de sus horizontes de actuación, y a la superación de los límites que conspiran contra la concreción de su función⁵.

II. Origen de la Institución

De procedencia sueca, la institución del *Justitie-Ombudsman* se plasma en la Constitución de 1809, inspirada en las teorías de Montesquieu; fue concebida para balancear las amplias facultades concedidas al rey y a su consejo. En tal inteligencia, se la incorporó en el ámbito del Parlamento como control de las actividades gubernamentales *para asegurarse de que las autoridades administrativas y los tribunales adhieran a lo dispuesto por las leyes*⁶. A su vez, sin hesitar puede afirmarse que sus antecedentes se remontan al año 1660 con la creación de la figura del *Grand Senechal* –en Suecia–, cuya misión fundamental era vigilar, bajo la autoridad suprema, el buen funcionamiento y la administración de justicia en el reino –recuérdese que en la antigua monarquía sueca, la justicia y la Administración no se encuentran separadas y constituía la judicatura una función esencial del rey–. Este funcionario recibía la información de los diferentes tribunales y señalaba al rey las faltas y negligencias que constataba en los jueces inferiores, proponiendo las eventuales reformas⁷.

⁴ Delgado considera que la institución del Ombudsman tiene características propias inentendibles en su exacta dimensión, ocasionando en Latinoamérica que no alcance aún un ejercicio funcional pleno, atribuyendo esta circunstancia a la naturaleza jurídica ajena a la génesis romanista de nuestra tradición jurídica. (Salomón Delgado, *op. cit.*).

⁵ La doctrina sostiene que en Argentina no existen mecanismos eficaces que representen instrumentos mediadores idóneos para acercar al administrado a su Administración ya que “la herencia burocrática ha socavado las formas de participación ciudadana para montar defensas que aspiran a proteger más al Estado frente al individuo que a este frente a aquel. (Maiorano, Jorge, *El Ombudsman*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1987, p. 6).

⁶ Bexelius, Alfred, *El Ombudsman de asuntos civiles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 57.

⁷ Cfr. Legrand, André, *L'Ombudsman Scandinave*, París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 23. Considera el autor a la figura del *Grand Senechal* anterior a la del *Konungens Hogsta Ombudsman* ya que esta fue instituida en 1713 con motivo de las guerras de 12 años del Rey Carlos XII de Suecia en la necesidad de investir a un “procurador supremo” –traducción de la expresión escandinava señalada–.

El término sueco *ombud* se refiere a una persona que actúa como vocera o representante de otro; siendo multívoco en su idioma, puede empleárselo como: mandatario, representante, delegado, diputado, agente. En su posición de vigilancia originariamente fue concebido como representante del parlamento y, por lo tanto, de los ciudadanos⁸. Se trata de una institución que solo puede existir en un sistema democrático, reposando su prestigio en el respaldo que le confiere el Parlamento⁹, ya que carece por sí del monopolio de la defensa de los derechos fundamentales confiados a los poderes públicos¹⁰.

III. Hacia la delimitación de sus funciones

El Ombudsman, en su actividad, contribuye a complementar la actividad jurisdiccional erigiéndose en una *magistratura de persuasión*, por carecer de *imperium*; teniendo solo *auctoritas* al valerse de recomendaciones y la publicidad de sus informes¹¹, y en la inteligencia de que su poder no se basa en ninguna facultad coactiva, sino en su prestigio y en el reconocimiento que de su autoridad moral tienen gobernados y gobernantes. De tal forma que el peso de su autoridad ha de terminar haciendo valer sus opiniones ante los órganos de poder¹².

Es por ello que la institución del Ombudsman es conveniente que sea unipersonal, toda vez que la experiencia indica que se precisa de un funcionario con elevada *autoridad moral*, una personalidad idónea, íntegra y con profunda experiencia, ya que el éxito de la gestión se encuentra ligado a la personalidad de su titular y al empeño puesto en hacer valer sus puntos de vista¹³. Agregándose la necesidad de una gestión *ágil*. De esta concepción resulta la experiencia italiana; desoídas sus recomendaciones, se encuentra facultado a elevar la cuestión al parlamento¹⁴.

Una breve consideración acerca de la experiencia norteamericana¹⁵ nos muestra el éxito de las *class actions*, que posibilitan el tratamiento simultáneo de conflictos individuales en un proceso único a través de la intervención en juicio de un representante de la clase

⁸ Cfr. Bexelius, Alfred, *op. cit.*, p. 57.

⁹ Cfr. Nogueira-Pinto, *El ombudsman... Reflexiones para su consideración en Chile*, Santiago de Chile, Ed. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1987, p. 2.

¹⁰ Maiorano, cfr. *op. cit.*, p. 26.

¹¹ Maiorano sostiene que su función primordial es la de tutelar derechos fundamentales nacientes –económicos, sociales, culturales–, los cuales no tienen una acción esgrimible frente a los tribunales.

¹² Giner de Grado, Carlos, *El Defensor del Pueblo*, Madrid, Editorial Popular, 1982, p. 63. Sostiene el éxito de su gestión por entender que el peso de sus recomendaciones ha de ejercer idéntica presión a la ejercida por la prensa, calificada de cuarto poder.

¹³ Cfr. Napione, Giovanni, *L'Ombudsman*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 172. Refiere el autor que esta institución importa una "magistratura di influenza, un ufficio di persuasione [...] l'ufficio è stato sempre affidato a uomini di grande autorità, competenza, esperienza e integrità [...]".

¹⁴ Cfr. Napione, *op. cit.*, p. 173. Sostiene que en su función tiene acción directa sobre la sede parlamentaria para llevar la cuestión "all'attenzione generale, en indica gli elementi negativi, suggerisce y remedi".

¹⁵ No hay demasiado para decir respecto del desarrollo de la institución en EE. UU. por no haber recibido un profundo tratamiento. Ello se debe, al decir de un autor, al sistema de gobierno. "Los americanos son tan

de que se trate. Es dable remarcar la figura del *attorney general*¹⁶, quien tiene funciones para representar jurisdiccionalmente los agravios que los particulares le elevan en los supuestos de *maladministration* –actuación defectuosa, negligente u omisiva de la Administración–.

Se comprende de esta forma que una tutela eficiente de los derechos de los administrados ha de abarcar la facultad de ocurrir ante el órgano jurisdiccional, no bastando la sola atribución de elevar informes al Congreso para el pleno ejercicio de su cometido; si bien es cierto que su legitimación para ocurrir ante el órgano jurisdiccional no hace a la esencia de su función originariamente concebida.

De lo expuesto se desprende su característica esencial, cual es la de ser un órgano tutelar de los derechos e intereses de los administrados frente a los supuestos de mala actuación de la Administración, traducida por un “ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno”¹⁷ de las funciones de los órganos que componen la Administración pública nacional. En tal sentido, podemos afirmar como objetivo central el de vigilar y controlar a la Administración.

Ejerce su función de órgano de control mediante la recepción y el despacho de las quejas, pudiendo iniciar y proseguir de oficio las investigaciones (cfr. Art. 14), prestando especial atención a “aquellos comportamientos que comporten una falla general y sistemática de la Administración, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” (cfr. Art. 15).

Se lo aprecia de esta forma como una herramienta eficaz de control, porque frente a los controles privativos de la Administración ofrece la ventaja de tratarse de un órgano ajeno a ella; frente al complicado proceso judicial ofrece un procedimiento ágil, ya que basta con dirigirle un escrito desprovisto de formalidades, y respecto del control tradicional del parlamento se resalta la objetividad y profesionalidad de su función¹⁸.

Cabe, a su vez, destacar su función mediadora, por ser nexo de coordinación de intereses. Particularmente se desarrolló con esta óptica en Francia, donde lo hallamos con el nombre de “Médiateur”, porque resalta la función de intermediario entre administrados y gobernantes, centrando su preocupación en el respeto no ya de la justicia cuanto de la equidad, según

dogmáticos y confiados en sus principios de separación de poderes y sus sistemas de frenos y contrapesos, que resulta no parecer necesitar crear una institución separada de gobierno como método de control. A través de estos principios se cree que los departamentos legislativo y judicial ejercerán un correcto control del ejercicio del poder de parte del Ejecutivo”. Sundquish, James, *The Ombudsman Journal* n° 10, University of Alberta, 1992.

¹⁶ Sobre el mismo ver Cappelletti, Mauro, *Governmental and private advocates for the public interest*, Michigan Law Review, Vol. 73:793. Destaca las peculiares ventajas de este sistema.

¹⁷ De conformidad con el criterio del Art. 14, Ley N° 24.379.

¹⁸ Coincidimos en el punto con Maiorano, *op. cit.*, p. 27. Cabe agregar que por el tipo de interés tutelado confiere legitimación para el encausamiento de acciones populares, defendiendo intereses colectivos, agregando sus amplios poderes de investigación y crítica de los que se encuentra investido para el desarrollo de su actividad.

el cual los gobernantes han de adecuar las normas existentes a la realidad existencial de los seres humanos. No se trata en la experiencia francesa de dulcificar los imperativos de la ley, sino de aplicar las normas, necesariamente generales, al caso concreto individual¹⁹. Y para ello tiene la obligación de informar al pueblo sobre las vías y los cauces para solucionar sus problemas.

III.a. Funcionario promotor del cambio

Creemos conveniente adoptar esta designación para caracterizar la figura del Ombudsman por hacer al núcleo central de su función. Si bien al tratar la figura del *Grand Senechal* indicamos que era de su esencia señalar al rey las faltas y negligencias que constataba para promover la reforma de instituciones o procedimientos anticuados o inconducentes; recién con la incorporación de la figura a la vida institucional española se pone de relieve la importancia de esta función como elemento distintivo frente a los restantes órganos de control²⁰.

En dicho país se concibió que la razón de ser del Ombudsman obedece a un perfeccionamiento en los medios de protección de los derechos humanos, ya que muy especialmente debe ocuparse de aquellas actuaciones administrativas que escapan al control tradicional, mediante la indagación de quejas elevadas a su despacho, constituyéndose en un control de humanidad²¹. En este sentido se le reconoce una “función promocional del cambio” por corresponderle *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política* (Art. 9º, Constitución Española).

El Defensor del Pueblo español ha entendido su carácter de poder público impulsor del desarrollo de los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia, pluralismo y solidaridad inherentes a un Estado democrático y social. Tal proceso de cambio exige la promoción de condiciones que hagan posible ese avance²². Así, extrapola las funciones de representante legal de la comunidad, se erige en un verdadero promotor del

¹⁹ Cf. Giner de Grado, *op. cit.*, p. 50. Entiende que en Francia la característica esencial del Mediateur es su función pedagógica e informativa, por detectar la ignorancia casi absoluta en que se halla sumida la ciudadanía, sobre cuáles son sus derechos y las acciones que pueden emprender para defenderse.

²⁰ Es de nuestro interés remarcar que por esencia la institución del Ombudsman es un órgano de control para la promoción de la reforma y actualización constante de la Administración, y en forma subsidiaria se erige en “*legitimador*” de acciones populares; necesaria atribución para la efectiva tutela de situaciones jurídicas subjetivas que nuestro ordenamiento priva de legitimación, tales como los intereses “simples” y los “de incidencia colectiva”.

²¹ Cfr. Nogueira-Pinto, *op. cit.*, p. 4. Concluimos que si bien es un órgano tutelar de derechos humanos, su actividad comporta una gama amplísima de defensa de derechos de los administrados ya que no debe olvidarse que se recurre a él frente a cualquier supuesto de mala actuación de la Administración.

²² Cfr. Informe del Defensor del Pueblo Español a las Cortes Generales, 1984, p. 18.

cambio por poseer su actividad el objetivo de remarcar los errores de la Administración²³, detener los abusos del poder, y contribuyendo a la purificación de las instituciones, garantizar el respeto de los poderes públicos a la Constitución, ayudando a promover cambios estructurales más que coyunturales. Esta comprensión de su función la ejercita formulando advertencias y recomendaciones²⁴ pero particularmente legitimándolo a ocurrir ante el órgano jurisdiccional para la interposición de recursos de amparo y de inconstitucionalidad; facultad de la cual es nuestro país tributario directo, toda vez que solo la legislación de nuestra madre patria prevé dichas atribuciones.

III.b. Facultades para la “promoción del cambio”

Esta función promocional del cambio aparece receptada en la ley argentina en el Artículo 27, por el cual se lo faculta a proponer a la Administración pública o al Poder Legislativo la modificación de una norma si *como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados*²⁵.

A su vez, por el Artículo 28 se faculta a *formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas*. Pero a contrario de la cláusula anterior, se establece la obligación de los responsables de *responder por escrito en el término máximo de un mes*, facultándolo ante el silencio del funcionario cuestionado a *poner en conocimiento del ministro del área o de la máxima autoridad de la entidad involucrada los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas y estableciendo la obligación del Defensor frente a la renuencia del órgano a expedirse, de incluir tal asunto en su informe anual o especial*²⁶, *con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud*.

²³ Cfr. Art. 15 de la Ley N° 24.248, que afirma el deber de “prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la Administración pública procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” para, de esta manera, “proponer la modificación de los criterios utilizados” –cfr. Art. 27–.

²⁴ Giner de Grado, *op. cit.*, p. 52, entiende tal función por la obligación que tiene el propio Estado de ajustar el orden normativo a la realidad existencial padecida por los individuos. Esto conlleva la constante revisión de leyes, no ya los surgidos en períodos totalitarios de los Estados, sino de la totalidad del bloque normativo del Estado. Debe de esta forma sugerir la modificación de los criterios y de las propias normas emanadas de los órganos legislativos o ejecutivos, siempre que estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

²⁵ Conforme sostiene Varela Suárez Carpegna, el fundamento de las facultades que apuntamos se halla en el hecho de que todas las sociedades, aún las más progresistas, corren constantemente el peligro de dormirse y adocenarse. Si se aspira a consolidar una sociedad democrática de avanzada se ha de estar alerta para perfeccionar a diario las instituciones del sistema político.

²⁶ Recuérdese que el Defensor debe elevar informe anual al Poder Legislativo por el cual “rinde cuenta de su gestión”.

Las normativas comentadas obedecen al criterio que sentó la ley orgánica española, cuyo Artículo 28 faculta al Defensor para sugerir al Órgano Legislativo competente o a la Administración la modificación de criterios y de las propias normas emanadas de estos órganos cuando estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

A su vez, nuestra ley, completando el criterio de la española, le impone el deber de *poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos en que corresponda, los resultados de sus investigaciones*²⁷, determinándose una vía alternativa para encausar el contenido de las recomendaciones que efectúa; ya que no debe perderse de vista que *el Defensor no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas*, el límite de su competencia está dado por la facultad que posee para proponer la modificación de criterios utilizados por los órganos sujetos a su control, conforme consigna en forma expresa el Artículo 27 de nuestra ley, en identidad de términos que el Artículo 28.1. de la legislación española²⁸.

Las facultades comentadas han sido no pocas veces objeto de duras críticas, puesto ¿qué clase de control puede ejercerse sin carecer de medios coactivos para imponer sus resoluciones? Frente a ello se ha remarcado que el hecho de carecer de potestades ejecutivas o jurisdiccionales no le impedirá ser un medio de control eficaz de la Administración, ya que ha de tenerse en cuenta que los regímenes democráticos son ante todo “regímenes de opinión”. En punto a ello la función del Defensor deviene esencial dado su deber de ser cauce de comunicación entre los ciudadanos y la Administración, de esta suerte se contribuye a un diálogo más inmediato y fluido entre todos los interlocutores; a una reparación más rápida y genuina de entuertos y a una evolución perfectiva de las normas vigentes, impulsando su interpretación o reforma, con un espíritu de justicia o, en determinados supuestos, con criterios de mayor equidad²⁹.

Para ello, se halla insertado el Ombudsman dotado de los medios indirectos comentados agregándose el control jurisdiccional que ejerce en virtud de la cláusula constitucional que le otorga legitimación.

²⁷ Téngase presente la competencia de la Auditoría General de la Nación establecida en el Art. 117 de la Ley de Administración Financiera que somete a un control *ex post facto* de gestión presupuestaria, económico financiera de los “organismos centralizados, Entes reguladores de Servicios Públicos y los prestatarios de servicios públicos privatizados –estos últimos solo en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos–”.

²⁸ Razonable es la categórica prohibición comentada, ya que una sustitución de criterios declarada importaría el dictado de un acto administrativo viciado de nulidad por incompetencia en razón de la materia a tenor del Art. 14, inc. b de la Ley N° 19.549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En adelante, LNPA).

²⁹ Se sostiene su función intermediaria entre los ciudadanos y diversos servicios –de todas las Administraciones públicas, desde Municipios a Provincias, pasando por los diversos órganos de las comunidades autónomas–. Estas expresiones alentadoras sobre su cometido mediador han sido formuladas por Don Joaquín Ruiz Jiménez y Cortés –defensor del pueblo– en su Informe a las Cortes Generales, Madrid, 1984, pp. 16 y 17.

IV. Alcances de la legitimación. Su intervención en procedimientos administrativos

Un capítulo de especial interés en el estudio de la figura reside en la extensión de la legitimación conferida en el Artículo 86 de nuestra Carta Magna reformada, ya que dice en su parte pertinente que *el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal* y, por su parte, el Artículo 43 lo erige en uno de los sujetos legitimados para interponer recursos de amparo. Cuadra entonces indagar el contenido de tales cláusulas y, en especial, detenernos en la posibilidad de ser parte en el procedimiento administrativo.

IV.a. La legitimación en el procedimiento administrativo

La norma reglamentaria reconoce capacidad para ser parte en el procedimiento administrativo a *cualquier persona física o jurídica, pública o privada que invoque un derecho subjetivo o interés legítimo* y también a *aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos*³⁰. A su vez, establece que *los recursos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo*³¹, vale decir que no varían los recaudos de legitimación en los procedimientos de formación e impugnación de actos administrativos.

En tal sentido es útil recordar que el carácter de parte lo adquiere quien de hecho interviene en el procedimiento administrativo como sujeto activo de una pretensión determinada, prescindiendo del carácter de sujeto legitimado, ya que, conforme se sostiene, no debe confundirse el carácter de parte con los sujetos de la relación sustancial por ser de la esencia del procedimiento la comprobación de la existencia del derecho afirmado y si el sujeto activo está legitimado para hacerlo valer³².

Sin perjuicio de ello la nota distintiva del concepto de parte radica en la de revestir un interés personal y directo en la cuestión planteada, hecho que *prima facie* no se verifica en la figura del Defensor del Pueblo³³, por ser procurador del particular que eleva una queja a su despacho³⁴, debiendo proceder por vía de aplicación analógica del Artículo 31 del mencionado marco reglamentario, por el cual se faculta la intervención de representantes, si bien salvando las notas especiales del Ombudsman de ser un representante de intereses ajenos por derecho propio debido a que, admitida la queja, le da trámite promoviendo de oficio investigación sumaria conducente al esclarecimiento de la verdad material del hecho que da cuenta³⁵.

³⁰ Cfr. Art. 3° del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. En adelante, RLNPA.

³¹ Cfr. Art. 74, RLNPA.

³² Cfr. expone Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos comentada*, T. II, p. 51.

³³ Remarcamos que la expresión sueca “Ombudsman” significa “representante”, siendo instituido como controlador de las Altas Cortes del reino Sueco.

³⁴ La peculiar naturaleza del Defensor del Pueblo de ser persona de derecho público, órgano extrapoder, con jerarquía de Secretaría de Estado, posee el efecto de legitimarlo en forma directa a tenor del Art. 3° del RLPA.

³⁵ Cfr. Arts. 14 y 23 de la Ley N° 24.284. Se aprecia la no verificación de una estricta relación de representación entre el particular que eleva la queja y el Defensor del Pueblo, toda vez que, interpuesta, se deja librado al criterio

De las consideraciones hasta aquí expuestas puede sostenerse su legitimación dentro del procedimiento administrativo, a más del procedimiento especial y atribuciones que posee para el ejercicio de sus potestades *ad-intra* de la Administración establecidas en el Título II de la Ley N° 24.284³⁶. Cuadra indagar ahora si el portador de un interés simple o difuso que eleve una queja puede habilitar la competencia de la defensoría.

V. La protección del interés simple o difuso. La legitimación procesal

La cuestión que traemos a considerar es en función de que nuestro ordenamiento considera parte del procedimiento administrativo al portador de un derecho subjetivo o interés legítimo, excluyendo a los portadores de intereses simples y difusos, quedando de tal forma sin posibilidad recursiva aquella queja promovida en tutela de esta clase de situaciones³⁷.

En este sentido, un sector de la doctrina entiende que el Defensor del Pueblo podrá deducir recursos cuando se afecten intereses difusos por la consideración de que a tenor del nuevo Artículo 86 de nuestra Carta Magna, en forma expresa le confiere legitimación procesal, concepto abarcativo de la posibilidad de intervenir en un procedimiento administrativo³⁸. Surge implícito de este razonamiento la posibilidad de que mediante su tutela pueda otorgársele jurisdicción a los supuestos de denuncias de ilegitimidad que resultaren desestimadas, toda vez que como interés simple que posee su titular, encuadra dicha situación en los recaudos del Artículo 14 de la Ley N° 24.284, por comportar el ejercicio ilegítimo o defectuoso de una prerrogativa de la Administración.

Se abre la compuerta de la tutela efectiva de ciertas situaciones de jurisdicción menoscabada, debido a que si bien, por un lado, el RLPA es claro en el cotejo de sus Artículos 3° y 74, al cerrar toda vía al portador de un interés difuso, la nueva realidad normativa apuntada le confiere en forma expresa legitimación, ya que a más de los fundamentos expuestos debemos considerar que por las peculiares notas que distinguen a la institución del Ombudsman en nuestro país, no se le podría aplicar la doctrina y jurisprudencia clásicas para la cual no resulta posible la impugnación judicial de un acto administrativo sin la concreta violación de un derecho subjetivo, ni exigir la demostración concreta de un perjuicio para admitir su legitimación³⁹. Así, frente a la consideración de que para el remedio de una

del funcionario los cursos de acción a seguir sin la ulterior carga de rendir cuentas—solo se exige la comunicación del resultado de la investigación (Art. 29, Ley N° 24.284), convengamos que la facultad de elevar quejas comporta la vigencia de la garantía constitucional del derecho de peticionar a las autoridades—.

³⁶ Cfr. Art. 24 que consagra el deber de colaboración de los órganos de la Administración y faculta a la Defensoría del Pueblo a solicitar todo elemento que estime útil para su investigación y realizar inspecciones como así también “toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación”—Art. 24, inc. b—.

³⁷ Lo expuesto sin perjuicio de la facultad que otorga el Art. 43 de nuestra Constitución reformada de interponer recurso de amparo al portador de un interés difuso.

³⁸ Cfr. Canosa, Armando, *Los recursos administrativos*, p. 81.

³⁹ Cfr. Creo Bay, Horacio, “El defensor del pueblo y su legitimación en sede judicial”, *LL* 26-3-1996. Considera el autor que articulando el Art. 14 de la Ley N° 24.248 y el nuevo Art. 86 de la CN, se confiere competencia

determinada situación o disfuncionalidad resulta pertinente el ejercicio de acciones judiciales no resulta atinado exigirle la acreditación de un perjuicio para ello siendo operativa en este sentido la cláusula de legitimación contenida en el Artículo 86 de la Constitución Nacional. Se agrega a lo expuesto que la naturaleza de los intereses difusos determinan la necesidad de mecanismos e instituciones para hacerlos efectivos, los cuales por propio imperio han de ser diferentes a los requeridos para la protección de los derechos individuales clásicos⁴⁰.

Encontramos el criterio expuesto en la práctica diaria del Defensor del Pueblo. Así, en el caso “ADELCO c/ Estado Nacional - Secretaría de Obras y Servicios Públicos s/ amparo”⁴¹, mediante el cual se reclamó la realización de audiencia pública previa a la renegociación del régimen tarifario para los usuarios del servicio telefónico otorgado por el Estado Nacional bajo licencia de exclusividad a las empresas Telecom de Argentina y Telefónica, posición a la que el Defensor del Pueblo adhirió, por citación de la actora en los términos de los Artículos 94 y 339 del CPC; a su vez en el caso “Schroder c/ Estado Nacional - Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano s/ amparo”⁴², en el cual fue tenido por parte en una acción intentada a efectos de compeler al Estado Nacional a realizar la evaluación de impacto ambiental impuesto por ley respecto de una planta de procesamiento de carbón siderúrgico que se proyectaba inaugurar.

Como seguidamente se verá, el expreso reconocimiento de los nuevos derechos, en el plexo constitucional argentino, se proyectó en el ámbito de la legitimación procesal, ampliando los cauces de la tutela judicial.

Así, el Artículo 43⁴³ –añadido en la reforma constitucional de 1994– incorporó el llamado “amparo colectivo” protegiendo, en lo que aquí interesa, *contra cualquier forma de discriminación... así como a los derechos de incidencia colectiva en general...*

Ello es de interés, por cuanto la Constitución argentina, como sostiene nuestra más calificada doctrina, extiende la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe

al Defensor para intervenir frente a hechos que comporten el ejercicio irregular de la Administración, razón por la cual dichas normativas no requieren de los recaudos de concreta lesión que exige la categoría de derecho subjetivo.

⁴⁰ Cfr. Informe Anual del Defensor del Pueblo de la Nación, 1995, p. 1872. Considera que la defensa de los derechos de los usuarios de servicios públicos no debe ser vista como una tarea individual que se limite a la presentación de una acción judicial cuando algún usuario considere que el servicio no funciona correctamente o advierta algún perjuicio.

⁴¹ Expte. N° 35201/94, citado en Informe Anual 1995, p. 1786. Defensor del Pueblo de la Nación.

⁴² Expte. N° 276/95, citado en Informe Anual 1995, p. 1789. Defensor del Pueblo de la Nación.

⁴³ El Art. 43 de la Constitución de la Nación Argentina establece, en su parte pertinente: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiona, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad, o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un Tratado o una ley. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación [...] así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...]”.

solo un conflicto meramente individual sino que —enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos— se hace la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva; y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido⁴⁴.

Pero también debe destacarse que en el texto constitucional encuentran cabida no solo aquellos derechos de pertenencia común, colectiva, difusa y que atañen a un bien único, indivisible y no fraccionable —tal como el derecho al ambiente sano—, sino que la protección se extiende a derechos e intereses llamados “de pertenencia particular”, y de objeto divisible, cuya afectación adquiere dimensión social e incide en intereses colectivos o generales —sin dejar de afectar a cada sujeto particular—⁴⁵.

Como expresamente lo consagra la norma, la legitimación para ocurrir en amparo le es reconocida tanto al afectado cuanto, en lo que principalmente aquí nos interesa, al Defensor del Pueblo.

Sobre este aspecto debe remarcarse que esta legitimación procesal institucional se le reconoce al Ombudsman argentino con un doble sentido explicitado en el Artículo 86 de nuestro texto constitucional⁴⁶:

- i. El primero de ellos será el de cumplir su misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por el plexo constitucional.
- ii. Luego, como garantía instrumental, a fin de ejercer el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Según vemos, el texto constitucional argentino de 1994 operó una profunda transformación en la relación existente entre el sistema de derechos y el sistema de poder, de manera tal que se han configurado verdaderas esferas de protección del particular frente al Estado que permiten verificar la existencia de un derecho fundamental al control público, cuya tutela le es encomendada al Defensor del Pueblo, institución a la que se le encarga la representación y defensa de estos nuevos derechos fundamentales, verdadera garantía instrumental, adecuada para vehicular la incorporación de los particulares a las acciones de control administrativo del Estado.

⁴⁴ Morello, Augusto Mario; Vallefn, Carlos, *El amparo, régimen procesal*, 4^a ed., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2000, p. 283. Sobre el punto, cabe destacar, junto con calificada doctrina nacional, que con anterioridad a la reforma constitucional, la doctrina defendía esos derechos e intereses bajo el ropaje de otros conceptos tales como “intereses difusos” o “de pertenencia difusa” o “colectivos”, “derechos de tercera generación”. (Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones”, *LL*, T. 2003-B, pp. 1334 y sigs.).

⁴⁵ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1334, para quien la esfera de protección señalada comprende, entre otras situaciones, la de los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo.

⁴⁶ Según el Artículo 86 de la Constitución Nacional Argentina, es misión del Defensor del Pueblo: “[...] la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”.

Siendo ello así, debe advertirse un fenómeno interesante que se produce en el sistema argentino, y, en lo que aquí interesa, respecto de las normas que orientan la actuación del Ombudsman local.

Como sostiene Salomoni⁴⁷, con la reforma de la Constitución de 1994, el Artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, introdujo en su plexo normativo diversos Tratados de Derechos Humanos que están allí especificados. Es decir que estos Tratados tienen jerarquía constitucional integrando su plexo jurídico.

Esta modificación, en palabras de Salomoni, además de la incorporación de las nuevas concepciones ya mencionadas, ha tipificado alguno de los derechos y garantías no enumerados en la anterior parte dogmática de la Constitución en su Artículo 33, norma que, como sostiene Salomoni, contiene el principio de progresividad en la protección de los derechos⁴⁸.

La fuerte internacionalización que se operó sobre el sistema jurídico argentino, a partir de la reforma constitucional, impacta sobre la actuación del Ombudsman local, quien deberá adecuar su actuación a los principios y reglas provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los cuales, por complementar el plexo constitucional argentino, reconfiguran las normas internas que rigen su organización y funcionamiento.

Ello, por cuanto si la configuración del derecho fundamental al control público provendrá de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –como instrumentos de jerarquía constitucional y operativos en las condiciones de su vigencia–, va de suyo que en dicho ámbito deberán buscarse los criterios que presidan su actuación, los principios rectores del sistema, junto con los nuevos contenidos de estas garantías instrumentales.

Dentro del sistema de derechos, la reforma constitucional recepta la figura del Defensor del Pueblo (otorgando un cariz institucional inicial –el avanzado es posibilitar procedimientos abiertos y vinculantes–) institucionalizando, parcialmente, los derechos de control en el Artículo 86, al establecer dos funciones residenciadas en el mismo derecho:

1. La defensa de los derechos e intereses de particulares frente a la Administración: “Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados [...] ante hechos, actos u omisiones de la Administración [...]”; y
2. La representación de los intereses de los particulares en el ejercicio de las garantías/ derechos de control público: “[...] el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

De la letra constitucional, especialmente del segundo párrafo, se advierte el carácter amplio de su intervención, dado que no se encuentra ceñida a la defensa de un derecho subjetivo individual frente a casos particulares. Su marco de actuación es amplio y la

⁴⁷ Salomoni, Jorge Luis, “Interés Público y Emergencia”, Texto de la conferencia dictada en la Fundación de Derecho Administrativo, agosto de 2003.

⁴⁸ Como señala el Prof. Salomoni (*op. cit.*, p. 11), dicho precepto se repite en las Constituciones de Brasil, Art. 5º, LXXVII, párr. 2; Paraguay, Art. 80; Uruguay, Art. 72, lo cual autoriza a sostener que dicho principio constituye un principio general de derecho en los términos del Art. 38, párr. 1º C, del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de nuestra región, o como lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe N° 30/93: “[...] una cláusula constitucional consuetudinaria de firme tradición en el hemisferio”.

norma orgánica que regula su actuación se integra de manera dúctil, se amplía de forma progresiva mediante la interacción recíproca entre ordenamiento nacional y orden público supranacional, en sus condiciones de vigencia.

De esta manera, por intermedio de la segunda función comentada, se le atribuye legitimación, otorgándosele el cauce institucional adecuado para tutelar los derechos fundamentales de control público.

Vale decir, que en el sistema argentino, más allá de la afectación concreta de derechos subjetivos, la garantía de control público se actúa por intermedio del Defensor del Pueblo y el particular se encontrará facultado a peticionar su intervención, para lograr la protección de su derecho fundamental, ejercitando la garantía de control público por intermedio de una figura que, además, posee legitimación procesal a fin de sortear el vallado de silencio e indiferencia con que tan frecuentemente responde la Administración a los intentos de controlarla. He aquí un instrumento de tutela efectiva.

Así, en los términos expuestos se aprecia la clara jerarquización del Defensor del Pueblo como representante de los derechos fundamentales de control público, los cuales se accionan a partir de la verificación de un supuesto de Administración deficiente [o *maladministration*] como “válvula de apertura” del derecho fundamental de control público, modulado según la noción de progreso.

Legitimación procesal: en mi opinión, la novedad tanto de los derechos fundamentales de control cuanto el nuevo cariz de la garantía que permite operativizarlo toman cuerpo a partir del especial supuesto de legitimación procesal que le fue reconocido al Ombudsman argentino, primero en el plexo constitucional y, luego, en la doctrina judicial, como seguidamente veremos.

Ello por cuanto el Defensor del Pueblo es uno de los casos en que se prevé una legitimación llamada “anómala”, extraordinaria, diferente a la general, que se caracteriza por el hecho de que resulta habilitado para intervenir en el proceso judicial un organismo que actúa en nombre propio, para la protección de los derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público social⁴⁹.

Como es lógico suponer, el carácter anómalo de su legitimación se verificó en las resistencias de la judicatura a su intervención en procesos, de resguardo o tutela de la legalidad o en resguardo de derechos de múltiples sujetos afectados, la cual no fue pacíficamente aceptada en la sede judicial.

Así, mientras en los Tribunales Federales inferiores su legitimación le fue reconocida⁵⁰, no ocurrió lo mismo con nuestra Corte Suprema de Justicia. El criterio de nuestro máximo tribunal resultó restrictivo y su actuación le fue negada con las consabidas consideraciones

⁴⁹ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, con cita a Palacio, Lino, “El apagón de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo”, *LL*, 2000-C, 395.

⁵⁰ En lo que nos interesa, su intervención le fue reconocida, principalmente, en las siguientes causas:

1. “Defensor del Pueblo de la Nación –incidente III– c/ Estado Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 23-9-1997), en el que se reconoció su legitimación por actuar en seguridad de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios de servicio telefónico, afectados por la

generales y dogmáticas, desconociendo su accionar por no ser titular de la relación jurídica sustancial⁵¹. Sin embargo, en pronunciamientos más recientes, nuestra Corte Suprema se mostró receptiva, admitiendo su legitimación de modo implícito⁵².

Es que, como señala calificada doctrina, cuando la afectación de derechos adquiere dimensión social, su intervención podría estar justificada por el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas que le fue encomendado por el texto constitucional. Y también podría sostenerse, en sustento de su legitimación, que el interés común del pueblo sería el de asegurar la juridicidad en el obrar administrativo público, ya que la extensión de la legitimación favorece el control de los actos de los poderes públicos⁵³, fortaleciendo una garantía indispensable para que cobre virtualidad la nueva configuración del derecho fundamental de control público.

Como lo estableció nuestro Máximo Tribunal: “La plenitud del Estado de Derecho [...] no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley [...]”⁵⁴.

VI. Conclusiones

De lo expuesto, se evidencia claramente que el Defensor del Pueblo juega un rol de central importancia en la actual crisis y transformación del Estado, por cuanto está llamado a actuar la reconfiguración de la nueva modulación entre lo público y lo privado, a trabajar

medida impugnada. 2. “Nieva, Alejandro c/ Poder Ejecutivo Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 26-8-1997). Allí, se admitió su legitimación –en el juicio en que había sido impugnado un reglamento de necesidad y urgencia, por ilegitimidad– con base en lo expresado por los Convencionales Constituyentes, los Arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional, reconociendo con amplitud sus facultades. 3. En la causa “Youssefian” (Sala IV, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 23-6-1998) se invocaron los Arts. 86 y 43 de la Constitución, aclarando que *el Defensor del Pueblo actuaba en defensa de un derecho de los usuarios y consumidores de participación en el control de los servicios públicos, que se veía afectado por una ilegítima omisión administrativa*. 4. En las causas “Defensor del Pueblo de la Nación” (Sala V, Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 13-9-2002), se estableció que, de acuerdo con las normas constitucionales, estaba legitimado para actuar en juicio aunque no fuese titular de la relación jurídica sustancial.

⁵¹ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, señala, como ejemplo, la causa “Rodríguez, Jorge” (CSJN, 17-12-1997, *Fallos*: 320:2851), en la que el Máximo Tribunal Argentino le negó legitimación compartiendo fundamentos con el Procurador General. De la misma manera en “Consumidores Libres” (7-5-1998, CSJN, *Fallos*: 323:4098), se invocó la ausencia de un perjuicio inminente.

⁵² Cfr. señala Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, en causa: “Camuzzi, Gas del Sur S.A. s/ solicitud de intervención en autos Defensor del Pueblo de la Nación c/ Telecom Argentina y otros” (CSJN, 15-8-2002).

⁵³ Cfr. autor y obra citada, p. 1343, con cita a Bianchi, Alberto, “La legitimación colectiva en el amparo” y Cardazi Mendez, Ariel, “El Defensor del Pueblo goza de buena salud”, *LL*, 27 de setiembre de 2002.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*: 300:1282, citado por Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1355.

por la resignificación de los derechos fundamentales que parecen ir tomando forma en el siglo XXI, nuevos derechos de los particulares y usuarios capaces de protegerlos, en la nueva realidad, de las nuevas formas abusivas del poder que se moldean inexorablemente a partir de la actuación de los nuevos sujetos de la economía que sustituyen a los poderes públicos: los nuevos soberanos transnacionales, y, por ello, está llamado a controlar una nueva escena; la arena pública en el marco de intercambio recíproco entre intereses y derechos públicos y privados, dentro un nuevo contexto: el de los ordenamientos globales que encuentran en nuestra realidad latinoamericana, empresas ricas y Estados empobrecidos demuestran la progresiva erosión de los paradigmas tradicionales del Estado en términos de producción y aplicación de los ordenamientos.

Dentro de esta nueva realidad, está también llamado a asumir en su exacta dimensión, su misión de promover el cambio, de corregir las disfunciones que se presenten en el contexto institucional latinoamericano, al determinar la persistencia de antiguas prácticas y abrir camino a la nueva realidad, a una realidad nueva que, como tal, presente el enorme atractivo de la complejidad.

No pretendemos formular una exhaustiva reseña del cúmulo de actuaciones judiciales en las cuales ha sido reconocida su legitimación, baste consignar que en la cotidiana práctica ante los tribunales su legitimación como tutor de intereses de incidencia colectiva ha sido reconocida. Remarcamos que si se le deniega su legitimación para ocurrir ante el órgano jurisdiccional o ser parte en procedimientos administrativos, la figura devendría manca de una herramienta esencial para la tutela efectiva de los administrados, confundiendo de esta forma con los restantes órganos de control constitucionalmente jerarquizados⁵⁵, a más de atentarse contra la vigencia de una cláusula operativa de nuestra Constitución reformada que expresamente la confiere. Habrá finalmente de tenerse en cuenta que el objetivo perseguido por el constituyente español—fuente directa de inspiración de la cláusula nacional—, al conferirle legitimación al Defensor del Pueblo, fue el de constituir “un órgano de control auxiliar de las Cortes Generales creado para la defensa de los derechos fundamentales, confiriéndole de tal forma legitimación a la comunidad, pudiendo de esta manera interponer recursos y ejercer acciones de responsabilidad contra los funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo”⁵⁶. Es por ello que la cláusula constitucional habrá de despejar dudas: no podrá denegarse su legitimación, ya que lo contrario comportará el riesgo de tornar ilusoria su función tuitiva⁵⁷.

⁵⁵ Nótese que la reforma constitucional incluyó a la Auditoría General de la Nación y a la Sindicatura General de la Nación como órganos de control de la Administración pública nacional, los cuales carecen de legitimación atento las diferentes naturalezas y finalidades que poseen.

⁵⁶ Cfr. Varela Suárez Carpegna, “La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo”, en *Revista del Derecho Constitucional*, n° 3, Madrid, 1983.

⁵⁷ En sentido concordante, Creo Bay, Horacio, “El defensor del pueblo y su legitimación en sede judicial”, en *LL* 26-3-1996.

VI. CIUDAD Y DERECHOS

APROXIMACIONES SOBRE DERECHO A LA CIUDAD, GOBERNABILIDAD EN LA MEGALÓPOLIS BUENOS AIRES Y SUS GARANTÍAS

I. Reflexiones iniciales. La fragmentación de la experiencia urbana y el derecho a la ciudad

A través de sus progresivas expansiones conceptuales el derecho a la ciudad ha comenzado a despertar un nuevo y especial interés en la platea jurídica de América Latina en un intento de abordaje multinivel de numerosas problemáticas urbanísticas cuya complejidad traspasa los límites jurisdiccionales. Las grandes urbes se emplazan hoy sobre múltiples jurisdicciones y ya no es posible distinguir la centralidad de la periferia. Al contrario. La ciudad es hoy un fenómeno interjurisdiccional en el que se verifican multiplicidad de nuevas periferias y centralidades urbanas, en las cuales se produce una fragmentación de la experiencia urbana—afectando la legitimidad de los criterios de representación y participación política afincados en el domicilio—porque, hoy, se habita en una urbanización, acaso periférica; se trabaja en otra, en la cual se verifican centralidades y, a su vez, se disfruta en otra en la cual se emplazan las áreas o espacios urbanos de esparcimiento. Y todo ello acontece al ritmo de los procesos de degradación urbana y gentrificación.

Esta fenomenología es además transnacional y global porque, entre varias razones, obedece a parámetros económicos y ratios globales del mercado en materia de desarrollo inmobiliario, en donde los emprendimientos van dejando de ser iniciativas individuales para incardinarse dentro de proyectos de inversión complejos—en los que se aúnan construcción y comercialización con desarrollo de infraestructuras de nexos de servicios esenciales—. Los desarrollos integrales de urbanizaciones suponen una significatividad económica elevada y una marcada trascendencia institucional en la cual la participación de la iniciativa privada resulta decisiva y con una capacidad de imposición tal que, muchas veces, desplaza

o sustituye a los tradicionales poderes públicos en materia de planeación pública. El planeamiento urbano, el urbanismo y su ordenamiento ven erosionados su clásica potestad pública y reducida su efectividad para concurrir, en los hechos, como un actor más del sistema junto a los consorcios desarrolladores.

El poder real de normación estatal para la ordenación urbana se desplaza a los actores económicos privados revestidos de efectividad; en el mejor caso, se comparte solo parcialmente con los efectores públicos en razón de la necesidad de convertir el interés privado en norma pública y arroparse dentro de la tutela que, a ese efecto, le brinda la prerrogativa pública.

Entre varias otras cuestiones, este entramado ha complejizado el abordaje jurídico de la problemática urbanística que, claramente, excede a los tradicionales cánones que las clásicas formulaciones del derecho público le aportaron a la gobernabilidad tanto de las tradicionales formas municipales, cuanto de los entramados urbanos y ni qué hablar de las grandes urbes inter-jurisdiccionales como Buenos Aires.

En todo ello la ciudadanía y el campo de actuación de los derechos individuales y colectivos ve al nuevo fenómeno como un mero espectador. De allí la utilidad del derecho a la ciudad. Porque nos brinda un marco a partir del cual repensar las políticas públicas más adecuadas para la inclusión de los derechos colectivos e individuales involucrados en esta problemática. Asume así su rol integrador de derechos de civiles, económicos, sociales, políticos y culturales que toman cuerpo en los diversos tejidos humanos urbanos y suburbanos convergentes.

Sin dudas, esta novedad atraviesa por entero las tradicionales formulaciones del derecho municipal resignificando categorías, reconfigurando inveteradas técnicas de actuación y, con ello, incorporando a la discusión y al lenguaje jurídico determinadas formulaciones y ejes técnicos que, si bien propios de un urbanismo ideologizado de finales del siglo pasado, han desarrollado en las últimas décadas una aptitud y una virtualidad tal que habilitó su desarrollo como categorías jurídicas novedosas, al tiempo de posibilitar la percepción de ciertos derechos emergentes.

Las progresivas manifestaciones del “derecho a la ciudad” y su plasmación –acaso fragmentaria e inacabada– en diversos textos constitucionales e instrumentos internacionales permiten verificar la complejidad del fenómeno brevemente descripto. La originalidad del planteo de Henri Lefebvre¹ es un buen punto de constatación del inicio de estos movimientos. Profundizando los términos de la crítica al funcionalismo –y desde una perspectiva fuertemente ideologizada–, el padre del “derecho a la ciudad” planteó una crítica de la ideología urbanística partiendo del profundo entramado social acaso encriptado en la afirmación de que *es más fácil construir ciudades que vida urbana* y lo entendió como la posibilidad y la capacidad de los habitantes urbanos marginales de crear y producir la ciudad como un efector de derechos sociales y no como un mero objeto inerte de planeamiento urbano.

¹ Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Ed. Península, 1967; *Espacio y política. El derecho a la ciudad II*, Barcelona, Península, 1976.

El planteamiento constituyó un hito—actualmente reactualizado—por múltiples razones pero, en lo que nos interesa, porque comportó una sustitución de la confrontación —y su dialéctica— por un sesgo dialógico mediado en las múltiples formas de la participación de la sociedad civil como instrumento promotor de un cambio a la vez pacífico y de mayor eficacia. Precisamente, porque Lefebvre concibió esta formulación denominada “derecho a la ciudad” como un proyecto de sociedad —allende acepciones jurídicas—, para lo cual entendía que debía promoverse en la sociedad civil una finalidad de recreación de la ciudad como parte de una “misión” común y colectiva² solo asequible mediante modelos participativos, de mediación social.

A través de sucesivas reapropiaciones conceptuales, la genética de una nueva estructuración de los derechos puesta en evidencia a través de las manifestaciones del derecho a la ciudad cobra singular trascendencia. Más cerca en el tiempo y dentro del contexto globalizado de los fenómenos de gentrificación³, elitización⁴ o rehabilitación urbana, baste considerar la concepción de David Harvey⁵, quien asumió el concepto como la posibilidad de transformar y recuperar la ciudad como bien común destinado a contribuir a restringir los efectos urbanos de la apropiación del espacio. O desde la óptica de Edward Soja⁶, al comprender el derecho a la ciudad desde nuevas dimensiones espaciales de la diversidad y multiculturalidad, como el género, lo étnico, lo cultural, que evidencian la diversidad de formas de experimentar la ciudad en la que esta formulación se amplía al incluir a los derechos culturales. O Ana Fani Alessandri Carlos⁷, en su propuesta de un derecho a rehacer la ciudad y la vida urbana que opere como un resorte de empoderamiento ciudadano, tanto para disputar el espacio público urbano arrebatado por el desarrollo inmobiliario, cuanto para concurrir con los efectores estatales en la formulación de las políticas públicas que implementen el repertorio del derecho a la ciudad, para procurar una mayor efectividad de los derechos de petición, participación y acceso de la sociedad civil. Y su plasmación en que incluso toman cuerpo en nuestros días y postulan la evolución de los principios del derecho a la ciudad para proyectarse como una revolución urbana.

² Laurence, Costes, *Del derecho a la Ciudad de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna*, septiembre 2011-febrero 2012, pp. 89-100.

³ Glass, Ruth, *London: aspects of change*, London, Mac Gibbon & Kee, 1964; Castells, Manuel, *La cuestión urbana*, México, Siglo XXI Editores, cuarta reimpresión, 2014.

⁴ García Herrera, Luz Marina, *Elitización: propuesta en español para el término gentrificación*, Barcelona, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales, 2001.

⁵ Harvey, David, *Espacios de esperanza*, Madrid, Akal, 2000; *Ciudades rebeldes. Del derecho a la ciudad a la revolución urbana*, Madrid, Akal, 2012.

⁶ Soja, E., *Posmetrópolis, estudios críticos sobre las ciudades y las regiones*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2000; *En busca de la justicia espacial*, Valencia, Tirant Humanidades, 2010.

⁷ Carlos, Ana Fani Alessandri, “De la ‘geografía de la acumulación’ a la ‘geografía de la reproducción’: un diálogo con Harvey”, *Geocrítica. X Coloquio Internacional de Geocrítica*, Barcelona, 26-30 de mayo, Universidad de Barcelona; “La ciudad como privación y la reapropiación de lo urbano como ejercicio de la ciudadanía”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 493.

Los distintos núcleos de derechos conformadores de la categoría acuñada por Henri Lefebvre en sus sucesivas evoluciones han merecido distintos reconocimientos en documentos e instrumentos internacionales, tales como la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad propuesta a partir de las sesiones del Foro Social Mundial (ONU-Hábitat). Esta noción resultaría de utilidad al posibilitar una perspectiva de abordaje y comprensión de la finalidad y razón de ser de las especificaciones contenidas en las distintas previsiones constitucionales de derechos y políticas especiales de los textos constitucionales locales modernos. Esta noción pareciera, acaso, cobrar juego como instrumento modulador de los intereses públicos frente a otras formulaciones de complejidad como las contenidas en la creciente expansión de las “megalópolis” en tanto fenómeno urbano superador, complejo y diferenciado de tradicional entramado urbano en base al cual se acuñaron las técnicas jurídicas municipales. Precisamente, porque tal como explican los modernos urbanistas, uno de los rasgos característicos de las megalópolis actuales reside en que su urbanización en las últimas décadas genera extensos espacios ocupados pero con frecuencia de baja densidad, por la fragmentación de lo urbano con intersticios expectantes aún no urbanizados y por la segregación social y la especialización funcional⁸.

Lo dicho se congloba en la idea de que el modelo de desarrollo urbano característico de la era de la globalización es el de la urbanización difusa y la discontinuidad mediante “productos urbanos” constitutivos de enclaves o parques temáticos mercantilizados y áreas degradadas o marginales⁹.

Es decir, las últimas décadas nos enfrentan a un fenómeno cada vez más marcado de fractura urbana conformada por dos claros estratos que se repliegan y cierran entre sí. Una brecha urbana en progresivo desarrollo. Marcadamente fragmentaria. Por un lado, la urbanización de la apropiación privada que tiene a la ciudad como mercancía, como objeto de consumo que da la espalda –como si fuera una ciudad amurallada– al otro conglomerado, al asentamiento, con sus mayores o menores niveles de precariedad cuyo principal reclamo es, precisamente, el logro de condiciones mínimas de ciudadanía, hábitat

⁸ Borja, Jordi, “Urbanismo ciudadano o urbanismo globalizado”, en *Café de las Ciudades*, Revista Digital, Año 13/Número 141. Allí explica el autor: “El efecto de escala y la discontinuidad de lo urbano tienden a romper la vinculación entre el sistema físico y la relación social. Se crean ‘regiones urbanas’, a veces policéntricas, otras monocéntricas pero en las que tiende a prevalecer lo urbano sobre lo ciudadano. Aumentan las desigualdades sociales y se reduce la calidad de vida: aislamiento, dificultades de movilidad y accesibilidad, costes derivados de la especulación urbana e inmobiliaria, déficit de equipamientos y servicios en las periferias, expulsión progresiva de los sectores populares y los jóvenes de las áreas centrales, etc. Es decir, se reduce el salario indirecto (bienes y servicios colectivos y universales) y se generan procesos de pauperización relativa de la ciudadanía. El habitante es reducido muchas veces a población activa, cliente de servicios, elector o excluido. Muchos autores se refieren a esta realidad como ‘la disolución de la ciudad y la crisis de la ciudadanía’”. 13 / Número 141 / Julio 2014 / ISSN 2346-9080 >

⁹ Como explica Borja, “es la urbanización que genera ‘espacios lacónicos’ punteados por shopping malls y gasolineras, de las ‘áreas de excelencia’ (parques empresariales o tecnológicos, barrios cerrados exclusivos), red de autopistas y estratificación social en función de la distancia-tiempo a los lugares de centralidad” (autor citado, *Revolución urbana y derechos ciudadanos*, Madrid, Alianza Editorial, 2013, p. 213).

y subsistencia y en el cual, de manera acuciante, cobran lugar los postulados del derecho a la ciudad que empoderan a los crecientes movimientos sociales urbanos. Ambas caras de la fractura urbana tienen en común algunos elementos que permiten advertir el fuerte trastocamiento de la fisonomía ciudadana tradicional. La progresiva pérdida de una única centralidad urbana, la desaparición de la calle como acto, la destrucción progresiva de los lugares públicos de encuentro, la extensión de una periferia cada vez más fragmentada y que estigmatiza dos claras facciones, por llamarla de alguna manera, de una población cautiva de asentamientos o barrios privados, favelas o cantones¹⁰.

A la situación descripta deben también agregarse los trastocamientos que en materia de representatividad, legitimidad e institucionalidad se operan sobre estas urbanizaciones discontinuas y extendidas que nutren a las megalópolis determinadas por la desvinculación jurisdiccional del municipio donde se asienta el lugar de trabajo, de aquél respecto del cual se utilizan sus servicios y del otro en el que se reside o habita. Sin dudas se opera un trastocamiento de las identidades y referencias con la consecuente crisis de representación política y opacidad de las instituciones. Un ejemplo de éste último fenómeno se verifica en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que recibe a diario un flujo superior al millón de personas provenientes de la conurbación que ingresan a este ámbito para el desarrollo de sus trabajos o actividades productivas. Sin dudas, estamos frente al desarrollo de nuevos fenómenos urbanos que exceden la dimensión puramente municipal y van prefigurando los contornos de derechos emergentes y nuevas situaciones que requieren de abocarnos a producir una nueva mirada sobre los instrumentos jurídicos tradicionales. Éste es el sentido de las reflexiones y aproximaciones de mi trabajo.

II. Fenómeno urbano y problemática del derecho a la ciudad

Tal como reconoce un sector de importancia en la doctrina urbanística, es un lugar común afirmar que vivimos en un mundo urbanizado ya que más de la mitad de la población vive en ciudades, y tanto América como Europa se pueden considerar continentes casi totalmente urbanos ya que entre el 80 y 90 % de la población puede ser definida como urbanizada. Sin embargo, este tipo de afirmaciones no son muy útiles porque se constata una evidencia y a la vez se ponen en el mismo lugar de urbanización realidades muy diversas¹¹.

Entonces, tal como lo hacen las modernas escuelas de urbanismo, una primera distinción –perceptible para cualquier observador y que nos parece pertinente para evaluar y orientar las políticas urbanas– aparece entre población urbana y suburbana. E inmediatamente constataremos que, en distintos grados, gran parte de la población urbana es suburbana.

¹⁰ Ampliar en Carlos, Ana Fani Alessandri, “La utopía de la gestión democrática de la ciudad”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Vol. IX, núm. 194 (01), 1º de agosto de 2005.

¹¹ Borja, Jordi, “Ciudades metropolitanas: una herencia en cuestión”, Prólogo, p. 24, en Abba, Artemio Pedro, *Metrópolis argentinas, agenda política, institucionalidad y gestión de las aglomeraciones urbanas interjurisdiccionales*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Café de las Ciudades, 2010.

Lo suficiente para que pueda afirmarse, como lo hacen urbanistas como Jordi Borja, que vivimos en un mundo mayoritariamente suburbano. Este señalamiento de Borja es de especial importancia porque invita a analizar de cerca estas zonas donde lo urbano y lo suburbano se mezclan, donde aparecen las fracturas—esbozadas en mis reflexiones iniciales—, donde, por un lado, la ciudad urbaniza e integra pero, por otra parte, las exclusiones suburbanizan a poblaciones aspirantes a la ciudadanía¹². En este punto, a fuerza de movimientos sociales urbanos, reconocemos el embrión de ese conjunto de derechos emergentes conformadores del derecho a la ciudad.

Esta categoría toma como punto de partida de la problemática que procura atender el hecho de que la ciudad es el territorio que oferta las condiciones para el ejercicio de la ciudadanía. Ergo, lo suburbano es el territorio que no garantiza la ciudadanía; la pobreza, la precarización de la vivienda, los déficits propiamente urbanos, tales como los atinentes a equipamientos y servicios, de accesibilidad y de centralidad, de significación cultural y de visibilidad social, son a la vez causa e imagen de un déficit de ciudadanía que se procura conjurar mediante este derecho emergente¹³.

Así, esta búsqueda es la que encuentra a esta noción aún no suficientemente discutida en nuestro medio jurídico. En una primera aproximación vemos que el derecho a la ciudad es superficialmente entendido como “el derecho a la vivienda más servicios”; una simplificación que deja de lado el tema del “hábitat” en su dimensión plena; esto porque el “derecho a la ciudad” está relacionado con lo que el Estado está dispuesto a ceder para la gestión de la ciudad, trayendo como consecuencia el entendimiento limitado de la noción. Entonces, este concepto comprende y referencia a la dimensión espacial de la vivencia, experiencia y habitar humanos; al proceso de urbanización, localización y descentralización urbana; las dificultades de acceso al hábitat que un porcentaje notable de la población urbana enfrenta; la aspiración de una sociedad urbana más democrática, participativa y sostenible económica y ambientalmente, es decir, cercana al paradigma del desarrollo humano. Reviste un carácter universal e integral—que tiene que ver con todas las dimensiones de la vida de manera interdependiente e indivisible—¹⁴. El concepto del derecho a la ciudad supone, así, una ampliación compleja del derecho a la vivienda en dos niveles: en primer

¹² Borja, *op. cit.*, pp. 24 y 25. El autor explicita: “[...] si aceptamos la equivalencia entre población urbana, ciudad y ciudadanía, estamos afirmando implícitamente que son urbanos los que habitan la ciudad entendida como el ámbito de la ciudadanía, es decir, de personas como un estatus que les hace por igual poseedores de los derechos civiles, sociales y políticos, de los derechos ciudadanos”.

¹³ Ampliar en Carlos, Ana Fani, *op. cit.*, p. 4. El autor remata su señalamiento diciendo: “Tomo el siguiente elemento: la precariedad de la vivienda y la pérdida del sentido del acto de morar provocan, a lo largo del tiempo, una crisis que genera un profundo embate al interior de la sociedad, motivando el surgimiento de movimientos urbanos que entran en conflicto directo con el Estado y que, en el mejor de los casos, dan como resultado el desarrollo de nociones vinculadas a derechos urbanos y sustentabilidad que apuntan a la función socio ambiental de la ciudad y la propiedad. Reducida la ciudad a su condición de ‘sujeto’ consumidora de recursos urbanísticos, edilicios y naturales, la resolución de los problemas de la ciudad se reducen a la búsqueda de la sustentabilidad”.

lugar, en el sentido físico y geográfico, al considerar ya no solo la vivienda y el entorno próximo, sino al conjunto de la ciudad, es decir, considerando también el entorno más remoto a la vivienda, en relación con los distintos componentes que la nutren, tales como el suelo, los servicios públicos, el equipamiento urbano y el desarrollo del espacio público, principalmente. Con la realidad actual de ampliación y crecimiento del perímetro urbano, esto es cada vez más sustancial.

En segundo término, conlleva una ampliación temática al considerar no solo la dimensión física sino el conjunto de las dimensiones que hacen a la vida humana. Entonces, en esta línea se trata del derecho a la producción física, social, política y simbólica del espacio, esto es, a la producción del espacio físico donde tienen lugar las prácticas sociales.

Por ello es que se trata de una formulación compleja atinente a una integridad, en la que se involucran componentes tales como: el derecho a la vivienda, al hábitat y a la infraestructura de servicios esenciales atinentes a la centralidad, destacándose el de la movilidad y accesibilidad a la centralidad, al espacio público, a la identidad colectiva dentro de la ciudad, al patrimonio cultural, a la conversión de la ciudad marginal en ciudad integrada y a la conversión del gobierno metropolitano municipal en un gobierno supramunicipal¹⁵.

De allí la célebre caracterización formulada por David Harvey, al decir: “El derecho a la ciudad es mucho más que la libertad individual de acceder a los recursos urbanos: se trata del derecho a cambiarnos a nosotros mismos cambiando la ciudad. Es, además, un derecho común antes que individual, ya que esta transformación depende inevitablemente del ejercicio de un poder colectivo para remodelar los procesos de urbanización. La libertad de hacer y rehacer nuestras ciudades y a nosotros mismos es uno de nuestros derechos humanos más preciosos pero también uno de los más descuidados”¹⁶. Existe un consenso extendido en criticar esta noción, al igual que las ensayadas por otros autores en términos

¹⁴ Al decir de Borja: “El desafío metropolitano a esta escala es a la vez económico: economía productiva versus especulación financiera e inmobiliaria; social: integración social versus exclusión y anomia; cultural: identidad a partir de la interculturalidad o individualismo [...] ambiental: sostenibilidad o depredación del territorio y de sus recursos; político: instituciones representativas, visibles y adaptadas a la escala y demandas del territorio o inflación institucional, opacidad y corrupción” (Borja, Jordi, “Ciudades metropolitanas, una herencia en cuestión”, en Abbas, Artemio Pedro, *Metrópolis argentinas...*, *op. cit.*, p. 27).

¹⁵ En palabras de Alessandri: “El ‘derecho a la ciudad’ como categoría de análisis permite la desmitificación de los discursos posibilitando la elaboración de un proyecto que tenga sustentación real como repuesta a las carencias. De este modo, se puede entender que *la lucha por la vivienda no es la lucha por ‘un techo más servicios’, sino que la lucha por la vida y contra las formas de apropiación privada fundamentadas en las necesidades de la realización económica. En este sentido, se trata de pensar transformaciones que permitan la existencia humana*, que camina en la dirección contraria al mercado y a los intereses de los segmentos que sustentan el Estado” (Autor y *op. cit.*, p. 7).

¹⁶ Harvey, David, *Ciudades rebeldes. Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*, Madrid, Ed. AKAL, 2013, p. 23. La importancia de la redición de la antigua noción de Henri Lefebvre de 1968, es explicada por Harvey en estos términos: “[...] si bien la idea del derecho a la ciudad ha experimentado durante la última década cierto resurgimiento, no es al legado intelectual de Lefebvre al que debemos recurrir en busca de explicación. Lo que ha venido sucediendo en las calles, entre los movimientos sociales urbanos, es mucho más importante [...] El hecho, por ejemplo, de que la extraña confluencia entre neoliberalización y democratización en Brasil durante los años noventa diera lugar a cláusulas en la Constitución brasileña de 2001 que garantizan el derecho

similares, por su generalidad y abstracción. No obstante, se piensa –y así lo comparto plenamente– en que más allá de las dificultades de concreción, su utilidad es claramente finalista porque propende a enmarcar, orientar, brindar sentido de contexto y coadyuvar en la interpretación del sentido de cada una de las cláusulas y previsiones constitucionales –sean de niveles nacionales, subnacionales o locales–, en las cuales se contienen normas relativas a políticas públicas especiales en materia de derechos ciudadanos y urbanos de sustancia colectiva e individual de índole civil, social, económica, política, cultural, enmarcando asimismo las racionalidades que debieran guiar la progresiva expansión de los procesos de participación ciudadana no vinculante y su reconversión a acciones de intervención directa vinculante.

De allí que reivindicar el derecho a la ciudad es reivindicar un espacio colectivo donde se respeten los derechos humanos en la ciudad, entendida ésta como una noción abierta: es decir, se comprende tanto al espacio urbano propiamente dicho cuanto al suburbano y al rural en tanto integrante de la gran conurbación nucleada en torno a la centralidad de la megalópolis. Entonces el término “ciudad” como objeto de esta categoría se debe entender como un concepto general y amplio. Es decir, no solo como el territorio urbano donde se ubica una cierta aglomeración de personas y que se articula respecto de ciertos bienes, servicios y espacios públicos, sino como un espacio colectivo de desarrollo de derechos de la población. La ciudad entendida no solo como urbe sino como *civitas* y como polis¹⁷. De allí que también se haya definido al derecho a la ciudad como “el derecho de toda persona a vivir en un espacio colectivo, urbano o rural, con una administración local elegida democráticamente que tenga en el centro de sus políticas públicas el respeto de los derechos humanos de todos sus habitantes, asegurando así la plena realización de su vida política, social, económica y medioambiental”¹⁸.

Así, la noción del derecho a la ciudad aparece como un término altamente ideológico, tal como se reconoce uniformemente, como muchos otros derechos humanos que aún no cuentan con un reconocimiento expreso dentro del sistema internacional de derechos humanos exteriorizado en los tratados y que engloba una serie de aspiraciones que podemos enumerar como otros derechos humanos emergentes –por su carácter novedoso y reivindicativo, al igual que por su legitimidad social– que se disfrutan en la ciudad¹⁹ o que al menos se encuentran especificados individualmente dentro de los catálogos de políticas especiales.

a la ciudad, debe atribuirse al poder e importancia de los movimientos sociales urbanos, en particular con respecto al derecho a la vivienda, en la promoción de la democratización. El hecho de que el momento constitucional contribuyera a consolidar y promover un sentido activo de ciudadanía insurgente no tiene nada que ver con el legado de Lefebvre y si en cambio con las luchas que siguen desarrollándose sobre quiénes deben configurar las cualidades de la vida urbana cotidiana [...] Así pues, podemos estar de acuerdo en que la idea del derecho a la ciudad [...] surge [...] como un grito de socorro de gente oprimida en tiempos desesperados” (obra y autor citados, pp. 6-10).

¹⁷ Ampliar en Guillén Lanzarote, Aída, “¿Qué es el derecho a la ciudad?”, en AA. VV. *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2011, pp. 19, 20 y sigs.

¹⁸ Autor y obra citada –Guillén Lanzarote, “El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”–, p. 22.

¹⁹ Siguiendo a Guillén Lanzarote, se comparte en que la dificultad del reconocimiento del derecho a la ciudad como derecho humano radica en su falta de concreción expresa en un tratado internacional de derechos humanos.

III. La megalópolis Buenos Aires y su utópica regionalización

Llegados hasta aquí corresponde abordar el ámbito dentro del cual se encuentra llamado a desenvolverse el derecho a la ciudad en lo atinente a este trabajo. Y la primera dificultad la encontramos en la consabida situación que encuentra a la Ciudad de Buenos Aires – unidad federativa conformadora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con *status* constitucional desde 1996– compartiendo junto con la Provincia de Buenos Aires y sus municipios, una verdadera conurbación conformadora de una megalópolis en su acepción pura. Un fenómeno similar al acaecido en muchas ciudades latinoamericanas²⁰, pero con algunos elementos distintivos, como ser, por un lado, la ciudad y su conurbación, presenta una de las áreas metropolitanas más significativas del mundo; por el otro, la provincia constituye un distrito –sino el más– gravitante de Argentina. Y finalmente, el serio déficit normativo que, no obstante lo anterior, afecta a la institucionalidad del eje metropolitano por la difusa profusión de potestades yuxtapuestas de gobierno y regulación que no son susceptibles de aprehender al entramado urbanístico que se desarrolla en el área, al igual que al fenómeno metropolitano en su conjunto.

En esta especial megalópolis confluyen las supra apuntadas problemáticas urbanísticas comunes a las unidades gubernativas mencionadas, las que, por carecer de una consecuente autoridad gubernativa y deliberativa o de gestión común –no obstante las herramientas político-constitucionales existentes– deja librada la resolución de tales cuestiones a la enorme tarea de articulación permanente de todas las voluntades político-institucionales involucradas.

Por cierto que ello es así sólo en el mejor de los casos.

De allí que la pregunta por el grado de desarrollo deseable respecto de las condiciones de gobernabilidad y calidad institucional adecuadas para atender al complejo entramado de la megalópolis Buenos Aires requiera para su respuesta de la consideración –entre

Así señala la autora que “la aspiración de todo derecho humano emergente es la de formar parte del sistema de protección de los derechos humanos. En este sentido, el derecho a la ciudad es una novedad ya que no forma parte del citado sistema, ni a nivel estatal ni supraestatal. Únicamente se encuentra reconocido en textos políticos o no jurídicamente vinculantes como la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad” (autora y obra citada, p. 25). Cabe agregar al citado señalamiento las previsiones constitucionales contenidas actualmente en las Constituciones de Ecuador y Brasil, y la Carta Mundial de Derecho a la Ciudad (ONU-Habitat) en su versión 2014.

²⁰ Rojas, Eduardo *et al.*, *Gobernar las metrópolis*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2005, pp. 35-37, quienes señalan: “Una de las características más destacadas del desarrollo reciente de la región de América Latina es el alto grado de urbanización de su población y el surgimiento de un gran número de ciudades con rasgos de áreas metropolitanas, en donde los aspectos demográficos y económicos de sus ciudades toma cada vez mayor importancia, dado la mayor cantidad de oportunidades de desarrollo personal y mejor calidad de vida que éstas ofrecen, provocando que esta tendencia al crecimiento continúe. A ello se suma el hecho de que constituyen aglomeraciones urbanas que ocupan territorios que superan el ámbito jurisdiccional de una autoridad local, con mercados de trabajo y servicios que cubren varios municipios, incluso en distintas provincias; en nuestro caso, la Ciudad de Buenos Aires se extiende sobre más de treinta municipios de la Provincia de Buenos Aires además de la Ciudad, concentrando una gran proporción de la capacidad productiva de los países e interconectándose con otras aglomeraciones nacionales e internacionales”.

otros factores—de dos elementos: regionalización *vis à vis* autonomía municipal, provistos por el plexo constitucional argentino a partir de su reforma de 1994, en cuyo marco se desenvuelva un adecuado entorno de promoción del derecho a la ciudad en términos de nivelación de las inequidades urbanas afincadas en las consabidas problemáticas de fractura y brecha urbana.

Así, los elementos aludidos son: la constitucionalización de la región como instancia de implementación de políticas públicas y dotadas de consecuente poder de imperio y estructura administrativa, y la jerarquización constitucional de la tan mentada autonomía municipal. Ello a partir de los conocidos términos de los Artículos 123 y 124 de la Constitución Nacional.

A fin de graficar someramente uno de los aspectos del problema baste con señalar que si bien la Constitución federal argentina jerarquizó la autonomía municipal, ello no se reflejó en la norma constitucional de la Provincia de Buenos Aires. Su reforma de 1994 no actualizó el régimen municipal, el que exhibe las mismas características que a principios del siglo XIX, en franca contradicción con la autonomía plasmada en nuestra Constitución nacional y en la mayoría de las cartas estadales. Tampoco la reforma bonaerense incluyó previsión alguna relativa al área metropolitana, no previendo modelo organizativo alguno. Así nos encontramos con la ausencia total de disposiciones sobre la misma y, asimismo, con la falta de regionalización “de” y “en” la Provincia de Buenos Aires. Tamaña problemática concurre a engendrar los inconvenientes mencionados.

Como veremos, su efectiva implementación optimizaría en gran medida las actuales condiciones de gobernabilidad sobre esta compleja trama, si bien debe advertirse que todo ello resulta impactado por el especial fenómeno de la internacionalización que ha teñido, en mayor o en menor medida, sobre la casi totalidad del contexto institucional argentino determinando el desarrollo de progresivos ámbitos de indisponibilidad normativos y gubernativos.

Así planteadas las cosas, la finalidad de mi exposición se encontrará cumplida con esta invitación a compartir una serie de reflexiones sobre la realidad contextual de la que llamo “megalópolis Buenos Aires”, como categoría superadora de la de área metropolitana y su anhelada o utópica necesidad de desarrollar un modelo de actuación institucional adecuado para atender esta especial realidad. Modelo, éste, que deberá garantizar la coordinación y compatibilización de las actividades en la megalópolis, preservando y jerarquizando la autonomía de los municipios involucrados —que paradójicamente la Constitución Nacional les reconoce— y colocando su mirada en la impostergable necesidad de avanzar hacia la vertebración de una región metropolitana.

Sentado lo expuesto, voy a referirme brevemente a los siguientes tópicos: la conformación de la denominada área metropolitana de Buenos Aires, la racionalidad de la incorporación de categorías tales como megalópolis —y los conceptos en ella implicados—, determinadas cuestiones de gobernabilidad metropolitana; algunos de los problemas principales que plantea y el relevamiento de las alternativas institucionales que en la doctrina argentina se presentan como alternativa adecuada para atender esta problemática.

IV. La conformación de la denominada área metropolitana de Buenos Aires

El tratamiento de esta cuestión exige reconocer, en los términos señalados en la obra de Rojas, Cuadrado-Roura y Fernández, que las ciudades centrales crecen más allá de sus límites originales, transformándose en complejos sistemas basados en interdependencias sociales, económicas, ambientales y político-administrativas entre las urbes que forman parte del conglomerado global²¹. Esta característica común hace que la definición de “área metropolitana” varíe según la perspectiva o uso particular que se haga de ella.

De allí que para el sector doctrinario comentado no resulte aconsejable aplicar la variable territorio-tamaño de la metrópoli, sino su característica principal: las intensas interdependencias y factores externos y efectos secundarios entre los territorios locales que tienen, a lo que, a su vez, se le agrega que este conjunto de territorios poseen características comunes funcionales socioeconómicas, políticas e históricas que le otorgan una identidad colectiva²².

Sentado lo anterior, ello implica que la gestión metropolitana y la gobernabilidad estén directamente vinculadas con los procedimientos participativos de toma de decisiones de las múltiples partes interesadas, de forma directa, en los bienes colectivos, junto con el manejo de factores externos y de efectos secundarios que afectan a esos territorios locales pertenecientes a la zona metropolitana global. Se utiliza el criterio sociopolítico, territorial y funcional en contraposición con el criterio puramente demográfico o administrativo, de manera que los conceptos de área metropolitana y ciudad-región son utilizados como sinónimos²³.

Respecto de la conformación de la denominada área metropolitana²⁴ de Buenos Aires, el primer problema que advertimos reside en el dato de la interjurisdiccionalidad dentro de la que se comprende la megalópolis que se extiende y alcanza a su periferia rural.

Por lo tanto, el concepto área metropolitana, eje metropolitano o megalópolis Buenos Aires comprende a la ciudad capital y a la conurbación urbana, suburbana y rural que se emplaza dentro de la Provincia de Buenos Aires, y que se integra por 26 municipios, constituyendo una unidad física funcional.

Para hacer una primera aproximación al problema debe repararse en que si bien el área metropolitana representa el 0.01 % del territorio nacional, en él habita más del 35 % de la población total del país, y el 70 % de la población de la Provincia de Buenos Aires.

²¹ *Op. cit.*, nota 1, *Gobernar las metrópolis*, p. 127.

²² *Ibidem*, p. 128.

²³ *Ibidem*, p. 129.

²⁴ Siguiendo los lineamientos expuestos en la obra de Rojas *et al.*, las áreas metropolitanas, desarrolladas durante el siglo XX, son caracterizadas por la existencia de más de un centro, límites difusos, una extensa área de influencia comercial y una elevada diversificación económica. Desde el punto de vista económico, un área metropolitana se define como “un territorio o conjunto de territorios que muestran intensas interdependencias funcionales, un mercado laboral amplio y con oferta profesional diversificada, una concentración espacial de externalidades y efectos desbordamiento, un ecosistema humano que comparte los mismos recursos naturales, y una identidad cultural distintivamente homogénea” (*ibidem*, p. 67).

Estos datos permiten advertir la reconfiguración del área metropolitana en una verdadera megalópolis en la que se evidencia la producción de un desequilibrio poblacional muy agudo, respecto al resto de la provincia y del país. Problema que tiende a agravarse día a día a falta de una planificación nacional e interno-regional tanto urbanística cuanto socioeconómica. Ello se evidencia en el proceso de evolución del área y en los consecuentes ensayos de regionalismo funcional experimentados, sobre los que bien vale hacer una mención. Como antecedentes de intentos por instalar ordenamientos funcionales pueden citarse:

- El Acuerdo de Coordinación Ecológica para el Área Metropolitana, creado por la empresa pública nacional CEAMSE, a través de un convenio formalizado en 1977 entre el gobierno provincial y la Ciudad de Buenos Aires, y que inicialmente fue configurada como un dispositivo para garantizar un sistema de parques regionales, evolucionando hacia un organismo que procura la articulación y coordinación de las políticas de recolección de residuos y de dirección de temas ambientales de Buenos Aires y 22 municipalidades aledañas;

- La Sociedad Mercado Central de Buenos Aires, creada en 1967 mediante un acuerdo entre los gobiernos central, provincial y local, y destinada a la distribución de productos agroalimentarios;

- El extinto Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, creado en 1992 por el gobierno central, la provincia bonaerense y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con objeto de controlar y evaluar la provisión de servicios después de la privatización de las principales redes de agua y servicios sanitarios básicos;

- El Comité Ejecutivo para el Saneamiento de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo, creado por decreto en 1993 en el ámbito nacional, involucrando a varios ministerios y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el propósito de coordinar las iniciativas nacionales, provinciales y de la ciudad dirigidas a la gestión ambiental integrada de la cuenca hídrica que comprendía a la ciudad y 12 jurisdicciones aledañas²⁵.

Una vez presentados tales ejemplos, corresponde ahora señalar que lo actualmente conocido como área metropolitana, al principio era La Gran Buenos Aires, que abarcaba a la ciudad capital, y a sólo 9 partidos de la provincia. Después el Gran Buenos Aires se amplió integrando a 19 partidos de la provincia. La denominación área metropolitana pasó a integrarse en la actualidad con 26 municipios del conurbano (emplazados en la Provincia de Buenos Aires), y forman parte de una realidad de alta complejidad, constituyendo una unidad funcional. Asimismo, hoy tenemos que este fenómeno también puede ser estudiado como región metropolitana (RMBA), porque se integran a ella municipios del área rural en el contorno, si bien se insiste en que este fenómeno tampoco existe como cuerpo político y administrativo²⁶, aunque bien puede aclararse que se integra por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el denominado “conurbano bonaerense”, conformado por los 32 municipios de la provincia²⁷.

²⁵ Ibidem, p. 165.

²⁶ Ibidem, p. 163.

²⁷ Ídem, agregándose en cuanto a datos ilustrativos, que hasta 1999 la región concentraba 11 millones de habitantes, el 32 % de la población nacional y genera aproximadamente el 52 % del PBI del país.

Como señalamos, con la autonomización político-constitucional de la Ciudad de Buenos Aires se torno aún más complejo el entramado institucional de la RMBA, la que es en la actualidad el escenario central de varias relaciones complejas entre distintos actores, tales como los 32 gobiernos locales con un grado de autonomía relativamente limitado que se regula de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y, finalmente, los gobiernos centrales a través de la yuxtaposición de potestades con las dos provincias²⁸.

Y de la misma manera surge ante nosotros una nueva realidad, que es la que nos verifica –también– la presencia de una megalópolis: la conformación del denominado eje metropolitano, que se extiende desde el gran La Plata (ciudad capital de la Provincia de Buenos Aires) hasta la localidad interna de la Provincia de Buenos Aires llamada San Nicolás.

De esta manera, este eje metropolitano incluye a 51 municipios junto con la ciudad capital.

El eje metropolitano forma una megalópolis por la continuidad de su urbanización, y ocupa el 12.7 % de la superficie de la provincia, comprendiendo como límites los bordes de municipios rurales internos.

V. Los procesos de desarrollo urbano conformadores de megalópolis

Este impresionante crecimiento del área unido a la consecuente semblanza de los problemas de concentración urbana que la aquejan nos enfrenta al tema de la megalópolis como una inaplazable singularidad. Y el énfasis en estudiar el fenómeno Buenos Aires como una megalópolis no resulta ocioso. Es impensable detenerse hoy en el desarrollo urbanístico como si estas conformaciones fueran islotes acotados. Muy por el contrario, los índices más concluyentes demuestran que la tendencia urbana tiende a generar una fuerza centripeta, donde estas áreas no pierden su criterio de atracción, constituyendo ejes en sí mismos.

Tal relevamiento demuestra que a pesar de los intentos, algunas veces mínimos y coyunturales, para limitar e inhibir esta afluencia, la misma sigue una proporción progresiva que paradójicamente se agudiza en los países que como la Argentina pertenecen a economías postergadas, exhibiendo subsecuentes consecuencias políticas, sociales, económicas e institucionales de mayor gravedad e influencia en el contexto.

Siguiendo una línea doctrinaria que compartimos, se evidencia un proceso de urbanización, caracterizado, por un lado, por el desplazamiento de la población, industrias y servicios desde la ciudad central hacia la periferia, extendiendo el área urbanizada más allá de los

²⁸ Compartimos con Rojas *et al.*, en que respecto de estos cuatro actores político-institucionales del RMBA, existen responsabilidades superpuestas, hasta confusas en algunas oportunidades, respecto del papel que ejercen éstos en la región.

límites de los términos municipales, dando origen a un espacio urbano que se caracteriza por una escasa densidad, obligando a extender las redes de infraestructura, aumentando los costos de desplazamiento de la población y mercaderías, y los costos de producción y mantenimiento de los servicios públicos; y, por otro lado, a ello se le agrega la creación de nuevos centros con dinámica económica y social propias en diversos puntos de territorio. Acompañando al vaciamiento de las antiguas áreas residenciales, industriales y de servicios, junto con el abandono de los centros tradicionales de acopio e intercambio, se destacan los grandes centros comerciales localizados en la periferia y ligados a las grandes avenidas o carreteras urbanas, los parques tecnológicos o logísticos ubicados en las afueras y barrios cerrados, tendiendo al surgimiento de una ciudad extremadamente segregada y dividida²⁹.

Este proceso de urbanización posibilitó otrora un aumento de la calidad de vida de los habitantes de la región, al permitir el abastecimiento de servicios básicos a menor costo, mejorando la cobertura de servicios de saneamiento, salud y educación, entre otros. Como contrapartida, se evidencia un fenómeno de “urbanización de la pobreza”³⁰, en donde la población bajo necesidad urbana supera ampliamente en número a la población bajo necesidad rural. La mayoría obtienen sus ingresos en el sector informal y subsidiado y sus hogares son generalmente extendidos (esto es, hogares que incluyen individuos de varias generaciones) y compuestos (que constan de miembros no pertenecientes al núcleo familiar). La mayoría de los padres de familia o responsables de los hogares en línea de pobreza presentan un nivel cultural notoriamente inferior a los diez años de educación que se consideran necesarios para minimizar el riesgo de transmisión de la pobreza entre generaciones.

Ello evidencia la incapacidad que poseen las economías latinoamericanas para generar empleos en el sector formal, lo que explica la importante presencia del desempleo, subempleo y empleo informal. Las tasas de desempleo llegan a tener dos dígitos, y la diferencia de ingresos entre trabajadores calificados y no calificados sigue en aumento, a punto tal que las perspectivas de erradicar la pobreza se ven seriamente limitadas dada la desigualdad existente entre los ingresos del salario más alto y el más bajo³¹.

Se establece así una dualidad en los grandes núcleos urbanos, dado que coexisten en la ciudad, por un lado, la parte que cuenta con una buena dotación de infraestructura y servicios en donde se asienta la población de mayores ingresos y, por el otro, la parte generalmente mayoritaria, que posee un menor número de servicios y se ubica más alejada de los centros de empleo, pudiendo presentar problemas ambientales, y siendo la que concentra los hogares de ingresos más bajos. De allí la importancia de estudiarla desde esta especial categoría urbanística. Sobre ella quiero detenerme muy brevemente.

²⁹ *Ibidem*, p. 38.

³⁰ *Ibidem*, p. 39.

³¹ Según el Banco Mundial (2001), América Latina se configura como la más alta del mundo en lo que concierne al grado de tal desigualdad: el más bajo nivel de ingresos de la población recibe el 5 % del ingreso nacional, mientras que en el más alto concentra el 50 % (p. 40).

VI. Cuestiones implicadas en la categoría megalópolis

El término “megalópolis” se aplica al conjunto de áreas metropolitanas, cuyo crecimiento urbano acelerado lleva al contacto del área de influencia de una con las otras. En definitiva, las megalópolis suelen estar formadas por conurbaciones de grandes ciudades. El término “megalópolis” fue introducido por el geógrafo Jean Gottmann en la década de 1960, haciendo referencia a aquel sistema urbano que contase con una población igual o superior a los 10 millones de habitantes. En nuestra lengua, el término más usado es el de “corona regional” o “ciudad-región”.

De allí que la presentación de esta categoría nos ilustra sobre el fenómeno que compartimos hoy, ya que las uniones de las conurbaciones del área metropolitana Buenos Aires –junto con el denominado Gran La Plata (conurbación de la capital de la Provincia argentina de Buenos Aires), sumado a la integración de los municipios rurales del primer sector–, verifica con certeza la presencia de una megalópolis con todos los perfiles sociales, económicos y de hábitat urbano de una región.

Creo necesario destacar, al respecto, que las razones que han impulsado la génesis urbana han sido históricamente muy variadas³². El fenómeno de la urbanización se entiende como una consecuencia de las economías de aglomeración, en donde se contempla a la ciudad como un conglomerado de actividades, cuyo rendimiento creciente se debe a la diversificación de la actividad urbana y la especialización de las unidades económicas, la concentración de bienes públicos y el capital fijo social, una alta densidad de contactos y una reducción de los costos de transacción debidos ambos a la proximidad espacial.

Las economías de aglomeración benefician claramente a las actividades relacionadas con el conocimiento, como lo demuestra el trabajo citado, la innovación tecnológica, los servicios avanzados y el comercio, constituyendo las mayores concentraciones espaciales de actividades productivas, en donde se perciben y se producen los cambios efectivos del sistema económico y social, al proporcionar economías de aglomeración y proximidad, estimular la creatividad y la innovación, facilitar la accesibilidad e interacción social, e integrarse en red con el mundo exterior y alcanzar un máximo bienestar colectivo. A ello se le agrega una situación de creciente profundización en la globalización, en cuanto constituyen el espacio en el que se localizan las funciones, actividades y servicios que estructuran el sistema económico internacional.

Según lo anterior, puede remarcarse que en la actualidad no es difícil encontrar ejemplos de megalópolis, pues cualquier ciudad grande se amplía con ciudades satélites, que pueden ser a su vez satélites de otras ciudades grandes, que dan como resultado un entramado complejo susceptible de ser conceptualizado como tal.

Por ejemplo, presentemos un caso español. El área que va desde las ciudades españolas de Segovia de Guadalajara y de Toledo con Madrid como ciudad central puede considerarse como una megalópolis, y como un área metropolitana más restringida: El Escorial, Alcalá

³² Destacan Rojas *et al.*, p. 66, quienes demuestran que las razones que concurren a operar este fenómeno tienen larga raíz histórica, destacándose motivos defensivos, industriales, institucionales y religiosos.

de Henares y Aranjuez. Estas demarcaciones son útiles para planificación regional en transportes y comunicaciones.

Existe una crítica a las estimaciones de estos núcleos, dada su excesiva superficie y la inclusión de grandes zonas vacías. Tal lo que acontece con el anejamiento del primer cordón rural al eje metropolitano Buenos Aires. Sin embargo, apreciamos que en el especial proceso de urbanización del área metropolitana de Buenos Aires, al encontrarnos con la unión de dos metrópolis (una, la capital de la nación y otra, la capital de la provincia), verificamos que se forma una gran conurbación o megalópolis, que es un concepto diferente de ciudad con nuevas soluciones y nuevos problemas.

VI.1. El entramado conflictivo de la megalópolis Buenos Aires

Según lo expuesto, en este orden, cabe también reparar en la crítica que se suscita a la gobernabilidad de las megalópolis con asentamientos en varios estados o provincias, lo que provoca que sus dimensiones sean difícilmente cuantificables, al no existir una administración centralizada. Tal es el caso de la megalópolis Buenos Aires, que recaba de una urgente resignificación de las potestades de intervención urbanística y económica, integralmente consideradas, de los municipios comprendidos, coronados por su consecuente integración en el marco de una institución jurídico-política, específicamente prevista por la Constitución argentina, como lo es la región. Veamos seguidamente los principales problemas que aquejan a la megalópolis Buenos Aires. En un rápido relevamiento encontramos que los problemas típicamente metropolitanos que afectan al área bajo estudio son:

1. La profunda crisis social determinada por la intensa concentración de grupos humanos con necesidades básicas insatisfechas, en condiciones de hacinamiento, aislamiento estructural y privación de acceso adecuado a las infraestructuras de servicios esenciales, en razón de encontrarse concentrados en asentamientos marginales, es decir, los barrios y aldeas que se encuentran lisa y llanamente al margen de la sociedad. Verdadera situación que requiere de asistencia humanitaria.

A lo anterior podrían agregarse otros condicionamientos, tales como las fuertes desigualdades entre los medios rurales y urbanos, unidos a las excesivas concentraciones poblacionales y de actividades industriales que conspiran contra la fluidez de las comunicaciones, obstruyendo la rápida relación de los agentes económicos.

2. A consecuencia de lo anterior, encontramos la pronta saturación de la infraestructura y servicios de equipamiento urbano, unido al deterioro acelerado de los bienes inmobiliarios y el envejecimiento prematuro de extensas zonas centrales que requieren de consecuentes programas de reestructuración.

3. La congestión, deterioro y agotamiento de los recursos naturales, con la consecuente amplificación de una problemática ambiental ya existente.

4. La incapacidad de las actuales estructuras institucionales y administrativas para resolver estos conflictos. Esto último no es menor. Y en el cuadro de situación expuesto, determina la caducidad o cuanto menos la crisis del modelo de Estado decimonónico sobre el cual se erigieron las estructuras obsoletas a las que actualmente se encomienda esta problemática.

A lo que se agrega la consecuente presencia de un soberano privado transnacional difuso, cuyos poderes de imposición –imperceptibles, pero eficaces y deshumanizantes–, sobre estados locales débiles y poblaciones extremadamente empobrecidas, es necesario atender. Se agrega, la verificación de los consabidos problemas compartidos con las restantes áreas metropolitanas contemporáneas que enfrentan retos fundamentales, como la reciente complejidad e integración en el escenario global de la problemática metropolitana, la diversidad en los perfiles e intereses de los agentes que intervienen en las decisiones sobre política metropolitana y la comprensión del rol económico desempeñado por las ciudades en el nuevo escenario globalizado³³.

VI.2. Quid de la gobernabilidad y regionalización en el caso Buenos Aires

Ahora bien, tal como vimos hasta aquí y respecto de la última cuestión propuesta, cabe apuntar un dato de singular importancia: analizando las interdependencias entre la organización federal y metropolitana junto con las finanzas en el país, pueden combinarse tres niveles territoriales de comparación: metropolitano *versus* federal, metropolitano *versus* interior de la Provincia de Buenos Aires y ciudad central *versus* periferia del área metropolitana. Entre estos niveles existe una gran disparidad, dado que, por citar algunos ejemplos, si bien el AMBA está relativamente mejor en cuanto a ingresos, comparándola con el resto del país su capacidad para influir sobre la redistribución es relativamente débil, teniendo en cuenta su inferior representación política dentro de la federación. En cuanto a la relación entre la región metropolitana y el interior de la provincia, se produce lo contrario: mientras que la primera posee niveles de ingreso relativamente menores, su reducida representación política en el ámbito provincial y federal implica una capacidad limitada para redistribuir ingresos a su favor.

Asimismo, también puede mencionarse que los gobiernos locales de la periferia de la región metropolitana, que tienen un gobierno frágil, se encuentran ubicados en una posición vulnerable en relación con la Provincia, dependiendo del poder de negociación. Por último, y no por eso menos importante, también puede evidenciarse que en la periferia de la Ciudad de Buenos Aires los niveles de ingresos y ocupación son más bajos, y las deficiencias de infraestructura son más altas, mientras que la capacidad fiscal de los gobiernos locales es relativamente reducida³⁴.

En síntesis, una problemática compleja en términos de gobernabilidad que precisa de una articulada gestión gubernamental y una consecuente contextualizada vertebración de un ordenamiento jurídico urbanístico adecuado e integral que recepte los postulados y contenidos del derecho a la ciudad, que contemple la actuación conjunta e integrada de sus unidades nodales de gestión municipal, bajo un planeamiento integrado en el marco de una región, entendida ésta en toda la amplitud que los términos constitucionales nos proveen.

³³ *Ibidem*, p. 73.

³⁴ *Ibidem*, p. 167.

Con ello quiere significarse que para lograr la estructuración de una región dotada de órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, tal como reza el texto constitucional argentino, debe previamente comprenderse que para conformar un buen gobierno local se requiere de un sistema de reglas e incentivos diseñados de manera tal que induzca a sus administradores a hacer un uso eficiente y transparente de los recursos disponibles, consiguiendo satisfacer las necesidades de la mayoría de la población. Para ello es crucial un sistema de relaciones intergubernamentales tensado en el marco de la región, que les proporcione a los gobiernos locales los incentivos necesarios para asignar los recursos disponibles a los usos más rentables. A su vez, enmarcado en el proceso de autonomización municipal del cual da cuenta el texto constitucional argentino, no caben dudas respecto de la necesidad de realzar el rol de los gobiernos locales. Éstos deben tener responsabilidades bien definidas y suficientes recursos para cumplir con las responsabilidades asignadas, enfrentando restricciones presupuestarias estrictas que obliguen a los mandatarios a soportar las difíciles opciones inherentes a la asignación de un conjunto limitado de recursos entre múltiples demandas competitivas.

A lo anterior se agrega la necesidad de contar con mecanismos suficientes que favorezcan la participación de la comunidad en las decisiones que le afectan y de ejercer una supervisión efectiva, de manera que se responsabilice a los mandatarios ante sus electores y se logre la transparencia en la gestión urbana. Consecuentemente, se requiere también de capacidad institucional para desarrollar las complejas funciones que les corresponden, debiendo contener bases legales y operativas sólidas para la dirección de personal, la administración financiera y la gestión creativa del desarrollo local. Y de la misma manera, el otro factor importante es la estructura de financiación de los gobiernos locales, debiendo los mandatarios actuar con la debida cautela al momento de comprometer a los gobiernos locales en endeudamientos, centrándose, de esa manera, en proyectos con clara rentabilidad social y sólidos beneficios³⁵.

Según lo expuesto, en materia de gobernabilidad de este tipo de megalópolis cabe advertir que en la mayoría de los países, el Estado posee una organización territorial, en donde se reflejan las herramientas que éste posee para controlar su territorio. Todo lo cual, como vimos, no ocurre en el caso estudiado. Históricamente, las áreas metropolitanas no fueron tenidas en cuenta, ya que no eran consideradas (y en muchos casos actualmente no lo son) unidades de gobiernos locales. Aunque algunos Estados iniciaron luego una reestructuración espacial de su aparato técnico y administrativo—dado el fracaso acaecido en la búsqueda de respuestas adecuadas a los problemas locales bajo la organización territorial existente a esa época—, buscando nuevas referencias territoriales para sus políticas, entre las cuales, en esta perspectiva, las áreas metropolitanas pueden considerarse una de ellas³⁶, y en donde en la mayoría de los casos los países optaron por reestructurarse en el ámbito de la región, incluso dándole a ésta más poder, traspasándole competencias³⁷.

³⁵ Lo sostienen los autores citados, *op. cit.*, nota 1, p. 52.

³⁶ *Ibidem*, p. 249.

³⁷ *Ibidem*, p. 250.

Partiendo de una tipología esquemática de las áreas metropolitanas con respecto al grado de desarrollo de los acuerdos de gobernabilidad, entendida ésta como “el proceso permanente de equilibrio entre las necesidades de gobierno y las capacidades de gobierno”³⁸ –en cuyo territorio es posible ejecutar políticas públicas y acciones colectivas capaces de resolver problemas y desarrollar su propio territorio–, y vinculando esta tipología con las principales cuestiones que dichas situaciones urbanas deben tratar, es posible distinguir tres tipos de situación urbana:

La primera, conformada por aquellas áreas metropolitanas que no tienen un ordenamiento de gobernabilidad. Luego, se encuentran aquellas áreas metropolitanas que tienen alguna organización, ya sea a escala sectorial o inframetropolitana. Finalmente, se ubican aquellas áreas que poseen acuerdos de gobernabilidad urbana, como puede ser una autoridad metropolitana.

Todas estas zonas urbanas deben afrontar tres cuestiones importantes con respecto a su gobernabilidad: i) la identidad de área metropolitana; ii) la responsabilidad de sus acuerdos de gobernabilidad, y iii) la legitimidad de sus acuerdos de gobernabilidad³⁹.

VII. A modo de conclusión

La atención de la problemática urbanística que hemos compartido requiere del desarrollo de aquellos cauces institucionales adecuados, los cuales –paradójicamente– están previstos en nuestro plexo constitucional. Así encontramos, por un lado, el reconocimiento y jerarquización del municipio como unidad nodal de la descentralización de la gestión urbanística; y por el otro, tenemos a la región, si bien ésta, en estado embrionario.

Ahora bien, tamaño ingeniería institucional para ser eficaz deberá contar con la aptitud necesaria para satisfacer las especiales necesidades que presenta la megalópolis Buenos Aires. Éstas se determinan principalmente en su complejidad demográfica, sus consecuentes déficits de infraestructura y transporte, los condicionamientos económico-financieros, la problemática medioambiental y el especial entramado político-institucional, que requiere de la acción integrada de las cuatro esferas de gobierno que confluyen en la megalópolis: la nacional, la provincial, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la municipal.

Este especial cuadro de situación requiere para su atención de un sistema de planeamiento que ubique la tipología de la megalópolis en el marco de una determinada estrategia de crecimiento, la que deberá sentar las bases para orientar la inversión privada, generar alternativas de localización, atender los parámetros ambientales para evitar o neutralizar la radicación de industrias nocivas, establecer precisos indicadores urbanísticos, impidiendo la transformación indiscriminada del uso del suelo urbano. En definitiva, una política de planeamiento que integre y contenga el fenómeno metropolitano, encauzándolo hacia un determinado proceso de desarrollo.

³⁸ *Ibidem*, p. 195.

³⁹ *Ibidem*, p. 252.

Para ello, vuelvo sobre la necesidad de que comencemos por reconocer a las regiones junto con la reivindicación de la aptitud de un régimen municipal con aptitud suficiente para implementar políticas públicas de protección y promoción del derecho a la ciudad. Ello, ciertamente, en términos de técnicas de actuación y resguardo de derechos humanos emergentes. Y esto, para favorecer el desarrollo de mecanismos que comporten protección efectiva del conjunto de derechos que nutren e informan a esa especial conceptualización finalista conglobada en la categoría derecho a la ciudad.

No se trata solamente de propiciar la creación de regiones ni de bregar por una autonomía municipal carente de orientación en términos de políticas públicas de nivelación de las enormes desigualdades provenientes de las situaciones de fractura urbana y social tratada. La preocupación por desarrollar mayores instrumentos de participación y de resguardo del conjunto de derechos humanos conglobados en el derecho a la ciudad debe canalizarse en acciones de protección efectiva por intermedio de efectores institucionales con real capacidad de resolución de la problemática social, económica o urbanística específica de manera autónoma y eficiente. Y pienso que, finalmente, ello es así porque sólo una entidad local fuertemente arraigada en sus competencias puede compartir y delegar parte de las mismas, en reconocimiento de un problema común.

Para concluir, quiero evocar las palabras de aquel gran iuspublicista argentino –a modo de breve pero entrañable recuerdo de temprana juventud a quien supo aconsejarme con paternal afecto– que fuera el entrañable Miguel Ángel Bercaitz, notable urbanista, quien a fuer de anhelo, hace más de cuatro décadas atrás nos advertía la importancia de reparar en el urbanismo y sus impactos en el derecho público. Decía: “La aparición del urbanismo como fenómeno técnico, económico, social y jurídico, ha transformado el gobierno local de ‘propios y arbitrios’ en uno de trascendencia regional y nacional, comprensivo de todos los problemas que atañen al vivir urbano”. A ello cabría agregarle su dimensión transnacional y global *vis a vis* la fragmentación de la cotidianeidad que imponen las nuevas realidades de multiplicación de centralidades y periferias. Pues bien, inscriptos en el siglo XXI, ese urbanismo humanista debiera movernos a producir un debate cultural⁴⁰ en el cual se centren las discusiones más que en cuestiones de perímetros, normas autorizativas y pujas de autonomías abstractas, en la búsqueda participativa e integradora de los mejores métodos para el desarrollo humano en la ciudad. En aquello de que todos los habitantes puedan acceder a definir y elegir un modo de vivir urbano equitativo. En el afianzamiento de un derecho a la ciudad efectivo, inclusivo y promotor de los derechos humanos. Ese es mi anhelo.

⁴⁰ En este punto es ineludible la referencia al pensamiento del Profesor Alfredo Garay en sus palabras. Y complementario a lo dicho recrearé estas expresiones: “En el contexto de la ciudad autoconstruida, donde el acceso a los beneficios de la ciudad es producto del esfuerzo mancomunado de sus habitantes, tiene sentido poder prefigurar escenarios posibles y deseables. La construcción de ámbitos donde pueda desarrollarse esta discusión permite identificar metas dentro de una trayectoria de progreso” (Garay, Alfredo, “La construcción de la disciplina urbanística y el desarrollo de las áreas metropolitanas”, en Abba, Artemio, *Metrópolis Argentinas...*, *op. cit.*, p. 21).

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE MI CIUDAD DE BUENOS AIRES EN CINCO ELOGIOSAS PIEZAS JUDICIALES Y UN PENTAGRAMA EN BLANCO PARA LA DISCUSIÓN PENDIENTE

*“Alguna vez, alguien que sea dueño de fuerzas geniales
tendrá que realizar el ensayo de la influencia
de lo popular en el destino de nuestra América,
para recién entonces poder tener nosotros
la noción admirativa de lo que somos”.*
(Homero Manzi)

I. Primeras reflexiones

Cinco piezas judiciales, cronológicamente presentadas, más algunas reflexiones abiertas a modo de pentagrama en blanco, componen este trabajo. Una, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tres, de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, también, de mi Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La última, de la Sala V de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Nación. Las enlaza su vínculo con el patrimonio arquitectónico de mi Ciudad: el construido, el demolido y el por-venir. En todas se refleja un esfuerzo judicial enorme en procura de la vigencia de la efectividad de normas urbanísticas arrumbadas en un interminable catálogo preservacionista. En muchas se evidencia la premura por concretar urgente las mandas de un principio precautorio en tiempos que no esperan al control social en pos del desarrollo de los derechos sociales y culturales¹. En algunas se refleja la hiperjudicialización, acaso, sintomática de la tisis que aqueja a nuestra representación democrática².

¹ Ver, en este suplemento, Daniele, Mabel, “Exigibilidad jurisdiccional de los llamados ‘derechos sociales’ en la jurisprudencia argentina”. En materia de PIDESC, ampliar en: Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, Rev. IIDH, Vol. 40, 2004, pp. 26-86.

² Ver, en este suplemento, Bianchi, Alberto, “Declinación y caída del control judicial de la Administración pública”.

En ellas –desde y a partir de ellas– se abren espacios para la discusión de una razón de ser –contextual y situada– de nuestro fenómeno cultural argentino, que dé marco a la pregunta por el *ser* y la identidad de nuestra memoria colectiva³ argentina y también –acaso– proyectable a esa anhelada patria grande americana soñada por nuestros padres fundadores y que desde siempre ha mirado a su madre Europa.

Es así que, acaso sea la depredación del patrimonio arquitectónico *porteño* –es decir, el de la Ciudad de Buenos Aires– proveniente del *boom* inmobiliario de la primera década del siglo XXI, uno de los factores determinantes del creciente interés actual por polemizar en torno a la protección del patrimonio cultural, en general, y arquitectónico, en particular. Esta explosión del mercado inmobiliario nos presentó en sociedad a renovados operadores económicos inmobiliarios que conformaron un verdadero sector de *desarrolladores urbanos*⁴ consolidando un “poder real” con verdadera capacidad de imposición por sobre un Estado *dócil*, una vez más reducido a su carácter de “poder formal”⁵.

Sobre estas bases, en muy corto tiempo, se produjo la explosiva expansión del *real estate boom* argentino, predatorio de nuestro patrimonio arquitectónico, natural y cultural, prácticamente incontrolado por unos poderes públicos muchas veces omisivos⁶, y, por todo ello, violatorio del desarrollo sustentable postulado con fuerza normativa constitucional a mediados de la década de 1990 en la reforma constitucional argentina y, de manera similar, en la de los porteños⁷; ni qué decir, más lejos aún de la *arquitectura sustentable* irónicamente proclamada como legitimadora de estas intervenciones⁸.

Lejos de ello, la actualidad de nuestras Ciudades nos enfrenta a la consumación de un daño urbanístico ambiental, acaso, irreversible. Primero, porque se ha demolido una porción significativa del antiguo patrimonio arquitectónico metropolitano. Segundo, porque imperceptible pero progresivamente se fueron suprimiendo espacios públicos urbanos otrora de uso común para integrarlos por accesión a las nuevas propuestas inmobiliarias. Así el

³ Ver: Hernández Arregui, Juan José, *¿Qué es el ser nacional? La conciencia histórica iberoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Continente, 2005, pp. 20, 21 y 125 y respecto de la reflexión contenida en la p. 125, ver: Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 28.

⁴ Sector económico notablemente expandido, nucleado predominantemente en la Cámara de Empresas de Desarrolladores Urbanos, http://cedu.com.ar/cedu_new/.

⁵ Ver objetivo N° 2 de la Cámara de Empresas Desarrolladoras Urbanas: “Colaborar con las autoridades Nacionales, Provinciales y Municipales, a fin de optimizar los procesos de fiscalización y aprobación de proyectos”, http://cedu.com.ar/cedu_new/es/institucional/objetivos.html.

Sobre la reducción del Estado al carácter de poder formal, lo dicho en un anterior trabajo: Damsky, Isaac Augusto, “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, *El Derecho Administrativo*, Suplemento del 31 de julio de 2009, pp. 1 a 7.

⁶ Valga en este punto recrear el pensamiento del querido Maestro Germán Bidart Campos, en *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1988.

⁷ Ver Jiménez, Eduardo Pablo, “Los derechos de la cultura y educación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en AA. VV., *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Bidart Campos, Germán - Gil Domínguez, Andrés (Coords.), Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 255-275.

⁸ Ver objetivo N° 6: “Promover la arquitectura sustentable, el respeto por el medio ambiente y los recursos no renovables”, http://cedu.com.ar/cedu_new/es/institucional/objetivos.html.

observador urbano advierte que los nuevos emprendimientos cuentan –cada vez más– con mayores espacios verdes –privados– arrebatados –rapiñados– a un espacio público que antes estaba librado al uso común y que ahora va siendo suprimido y a su vez anegado de la vieja urbe por influjo de la nueva centralidad. Tercero, porque este fenómeno se retroalimenta y crece exponencialmente debido a la falta de un ordenamiento urbanístico sistemático y efectivo y de su adecuado contrapeso institucional público, generando un déficit legal y administrativo que recaba de los mejores esfuerzos de la judicatura a fuer de activismos judiciales individuales. Y cuarto, porque de esta manera, los nuevos desarrollos urbanos operan en bloque apropiándose de la plusvalía urbana, alterando su geografía y trayendo para sí lo mejor de la Ciudad, arrebatándole a sus ciudadanos algo más que su hábitat: su *derecho a la ciudad*⁹. Una vez más, casi pasivamente, asistimos a comprobar otro celeberrimo *fait accompli* argentino.

En contraposición, allí donde el Estado no pudo o no supo estar presente, las Organizaciones de la Sociedad Civil respondieron de manera activa en la protesta social, en la participación institucional y, principalmente, en el ejercicio de un control judicial activo¹⁰, extremo este último que abordaremos desde la presentación de las cinco elogiosas piezas judiciales escogidas para este marco. Depredación del patrimonio cultural e histórico, que –cabe decir– no es únicamente local sino también global¹¹.

Ahora bien, lo preocupante es que el problema de la depredación del patrimonio arquitectónico proveniente del desarrollo inmobiliario, como núcleo de la casi totalidad de las piezas judiciales a presentar, al dominar la escena de la discusión actual y prefijar las posiciones, viene a instalarse en términos supuestamente dicotómicos con polarización de un debate que se reduce a una *puja bifocal* entre preservacionistas vs. desarrolladores, medio ambiente vs. economía, sociedad vs. empresa; en definitiva, pasado vs. futuro¹².

Digo *puja bifocal* porque mientras el sector preservacionista discute desde una perspectiva y una argumentación acaso construida desde el sistema de derechos, que reclama por el respeto y promoción efectiva de sus derechos culturales¹³ reconocidos en los PIDESC al tiempo que especificados en el plexo constitucional, y cuyo éxito recae sólo de manera puntual y esporádica merced a los esfuerzos de algunos sectores de la judicatura;

⁹ Ver: Gordillo, Agustín, “Los grandes debates urbanos de hoy”, en <http://www.adaciudad.org.ar/>; desde el urbanismo, ver: Abba, Artemio, *Metrópolis Argentinas. Agenda política, Institucionalidad y Gestión de las aglomeraciones urbanas interjurisdiccionales*, Ed. Café de las Ciudades, 2010; Alessandri-Carlos, Anna Fanni, “La utopía de la Gestión democrática de la Ciudad”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Univ. de Barcelona, Vol. IX, num. 194, agosto de 2005; Borja, Jordi, *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Barcelona, Ed. Fundación Alternativas, 2004.

¹⁰ Ver websites: “Basta de Demoler”, <http://www.bastadedemoler.org.>, y “Fundación Patrimonio Histórico”, <http://www.patrimoniohistorico.org.ar>.

¹¹ Ver website: World Monuments Fund (WMF), <http://www.wmf.org>.

¹² Ver: Navas, Mariano, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”, *La Ley Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 2, Número 5/octubre 2009, Doctrina, p. 49.

¹³ Ver, Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Rev. IIDH*, Vol. 40, 2004, pp. 36 y 37.

el otro sector, acaso por su poder de imposición, no le contesta o, al menos, no pareciera necesitar contestarle. Es que el sector inmobiliario presenta otro reclamo y otra crítica a partir de las afectaciones de sus derechos de propiedad y libertad económica, producidas por la aplicación de una cada vez mayor normativa legal y reglamentaria dispar y fragmentaria, yuxtapuesta e inconexa, que no hace más que poner en evidencia la adopción de erráticas y contradictorias medidas urbanísticas –que no llegan a ser políticas públicas– propias de un Estado permeable y proclive a ceder frente a intereses sectoriales, que lo llevan a emitir normas sin crítica previa.

De esta manera, se divide a la opinión pública y científica, forzándose a tomar partido entre dos posiciones que –en la realidad de los hechos– no necesariamente se comportan siempre de manera antagónica.

En mi opinión, esta polarización, estas dos posiciones enfrentadas a modo de dos monólogos sin diálogo¹⁴ o como una discusión sin rumbo, irresoluta e irresoluble, se produce porque aún no hemos empezado a discutir situadamente a nuestro patrimonio cultural, como se insinuaba al inicio. Y en mi opinión ello impacta sobre la dimensión jurídica de la preservación de nuestro patrimonio cultural. La puja entonces se lleva a cabo a partir del caso y desde lo posible y, con ello, descargamos y depositamos toda la responsabilidad en una judicatura que debe erigirse en reordenadora de todo un universo normativo disfuncional: es que la vasta normativa legal y reglamentaria existente, posee una enorme dispersión y asistematicidad¹⁵, no brinda respuestas y ello, como seguidamente veremos, se encuentra reflejado en las piezas judiciales que, por todo lo dicho, son merecedoras de todo el elogio.

II. Cinco elogiosas piezas judiciales

II.1. Primera. La protección del patrimonio urbano barrial en la figura del completamiento de tejido¹⁶

En el caso tenemos una asociación vecinal que ocurrió a sede judicial –por una acción de amparo luego transformada de oficio en medida cautelar autónoma– peticionando la declaración judicial de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la edificación de una obra por sobre el límite de altura y superficie cubierta que correspondía a la zona según el Código de Planeamiento Urbano (CPU) y peticionando cautelarmente la suspensión de la ejecución de la obra.

¹⁴ Fenómeno por otro lado frecuente en nuestro país, tal como nos enseña el Dr. Jorge Alberto Sáenz en su ya célebre prólogo al *Tratado* de nuestro querido Maestro Agustín Gordillo, cuando al elogiar sus altas calidades personales, describe esta funesta práctica argentina de suprimir en vez de discutir, artimaña en cuyas aguas nuestro Maestro nunca abrevó. Dice así: “No recurrí a la espiral del silencio, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones [...]”. Sáenz, Jorge A., Prólogo a la X edición del *Tratado de Derecho Administrativo* del Dr. Agustín Gordillo, Buenos Aires, FDA, 2010, p. 29.

¹⁵ Ver: Navas, Mariano, *op. cit.*

¹⁶ Autos: “Asociación Civil Amigos de la Estación Coghlan c/ GCBA s/ medida cautelar”, CCAyT, Sala II. Sentencia del 18-8-2005.

El núcleo del conflicto lo determinó el equívoco encuadre al que recurrió la Administración para autorizar la obra cuestionada; consideró aplicable el régimen de “completamiento de tejido” (Art. 4.10 del CPU) sin encontrarse reunidos los presupuestos fácticos requeridos por la norma ya que este régimen permite no aplicar el control morfológico F.O.T. que por zona corresponda, autorizando a construir por sobre el límite correspondiente a la zona en cuestión pero en tanto la altura de *ambos* edificios linderos a la parcela en cuestión superen los quince metros¹⁷. Aquí radica el problema y el carácter manifiesto de la nulidad del permiso. De manera cándida o paradójica el hecho determinante se encontraba explicitado, en todo su esplendor, en los propios considerandos de los actos impugnados, al decir: “[...] se trata de una parcela [...] que linda con [...] un edificio entre medianeras de altura mayor a 15.00 m y [...] una vivienda en planta baja + 1 piso [...]”. Así advertido por la Cámara –pues la pretensión fue rechazada en primera instancia–, se otorgó la medida cautelar.

Entonces, tratándose de un arquetípico problema urbanístico, cabe preguntarse por el grado de vinculación del caso con la problemática de la preservación del patrimonio cultural. Y en mi opinión finca en la internalización que nos permite la Sentencia de cuestiones tales como la alta sensibilidad del urbanismo, su finalidad preventiva, sus herramientas precautorias y la comprensión de la necesidad de preservar el entorno urbano actual para el disfrute futuro. Es que probablemente, la Ciudad de hoy –acaso algunas centralidades y otras periferias– devenga en patrimonio cultural a preservar o rescatar en el futuro –dependiendo de cuán depredadores resultemos– y según la evolución de nuestra ciudad, de sus tipologías y morfologías, de las ciencias, las artes y, en definitiva, de los valores en los que crean los porteños de las próximas generaciones.

Es que las propias palabras del Tribunal resultan ilustrativas, primero, al jerarquizar institucionalmente al CPU, en tanto ordenamiento que concreta “la asignación del destino de cada metro cuadrado de la Ciudad, teniendo en cuenta sus características y previendo su desarrollo futuro, debiendo mantener siempre un delicado equilibrio entre la tensión generada por intereses diversos, en aras del bienestar general y de crear las condiciones para un hábitat adecuado”¹⁸ y, segundo, señalando: “[...] al tratarse de una materia tan sensible para la calidad de vida de las grandes urbes como lo es la del ordenamiento y planeamiento urbano –que mereció por parte del constituyente de un régimen legislativo especial rodeado de múltiples garantías de participación ciudadana–, la Administración debe extremar el celo en el cumplimiento de las normas”¹⁹.

Vinculado con ello, cabe señalar que la jerarquización que en este caso confiere la Cámara a la necesidad de apego a los institutos concretamente provistos por el ordenamiento urbanístico se conecta con los fundamentos del apuntado sistema protectivo, tratados en sus pronunciamientos posteriores y estableciendo así un lineamiento jurisprudencial en la

¹⁷ Sobre el instituto del “completamiento de tejido”, ampliar en: Tercco, Mario, “Una mirada arrabalera a Buenos Aires”, en *Café de las Ciudades*, año 8, N° 75, enero 2009, <http://www.cafedelasciudades.com.ar>.

¹⁸ Considerando 6° de la Sentencia.

¹⁹ Considerando 7° de la Sentencia.

materia. Así en un caso reciente entendió que “el patrimonio cultural se redefine dentro de la noción de medio ambiente que abarca no sólo los bienes naturales sino también los culturales. Los valores ambientales importan, por ende, la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos ambientales naturales y culturales (cfr. Art. 2º, inc. a, de la Ley Nº 25.675 de ‘política ambiental’); lo cual implica que, en la materia, se deban ponderar principios específicos; en la especie, adquiere especial relevancia el peligro en la demora y la necesidad de una tutela urgente (en tanto, en esta materia) [...] de no adoptarse un rápido y eficaz anticipo de jurisdicción, el daño –generalmente– es irreversible”²⁰.

Lineamientos, estos, que se cree conveniente recrear aquí puesto que sirven de base a las construcciones que a diario tienen que erigir nuestros tribunales especializados locales en valladar de la depredación urbana y para el afianzamiento de las dos principales técnicas de preservación del ordenamiento arquitectónico contenidas en nuestro ordenamiento urbanístico porteño. Me refiero, por un lado, a la de identificación y protección singular de edificios, aisladamente considerados por sus méritos estético- arquitectónicos o por acontecimientos acaecidos en ellos y que se contiene en el Capítulo 10.4. del CPU, que corresponde a: “[...] edificios de carácter singular y tipológico, que por su valor histórico o simbólico caracterizan su entorno o califican un espacio urbano o son testimonio de la memoria de la comunidad. Protege el exterior de edificio, su tipología, sus elementos básicos que definen su forma de articulación o ocupación del espacio, permitiendo modificaciones que no alteren su volumen” (Art. 4.1.1.2); y por otra parte, a la técnica de protección zonal también contemplada en el Capítulo 10.4 del CPU, que persigue la preservación del conjunto, zona urbana o centro histórico bajo el régimen de “Distrito Área de Protección Histórica”, caracterizado por “áreas, espacios o conjuntos urbanos que por sus valores históricos, arquitectónicos, singulares o ambientales constituyen ámbitos claramente identificables como referentes de nuestra cultura” (cfr. Art. 5.1.1.).

II.2. Segunda. Cuidadoso avance del daño moral colectivo por demolición de un inmueble emblemático²¹

De riqueza conceptual merced a la pluma de cada uno de los tres votos que presentamos –Sala II del CCAyT, mayoría integrada por los Dres. Centanaro y Daniele (según sus votos) y disidencia del Dr. Russo–; hito, sin dudas, en la evolución de los procesos colectivos, trata de la responsabilidad conjunta del Estado y de una constructora por daños colectivos provenientes de la demolición total de un emblemático inmueble porteño: la “Casa Millán”, residencia preservada del co-fundador del barrio de Flores. Una sentencia que merece ser calificada de cuidadosa –allende el reconocimiento del daño moral colectivo y el delicado

²⁰ Ver: Aveldaño, Mercedes I., “Directivas sobre Derecho Urbano”, *La Ley*- Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sección Jurisprudencia Agrupada, Año 2, Nº 3, junio de 2009, p. 345.

²¹ “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA y otros s/ otras demandas contra la autoridad administrativa”, Sala II, de la CCAyT. Sentencia del 14 de agosto de 2008.

tratamiento de cuestiones atinentes a la progresiva expansión de los procesos colectivos—merced a su meticulosa merituación de los hechos—y su contexto— a la luz de una también mesurada estructuración de esta especial índole resarcitoria finalmente reconocida.

El núcleo del conflicto lo determinó el otorgamiento del permiso de demolición con base en la alegada falta de catalogación, a ese momento, de la Casa Millán— así otorgado por el GCBA— y el subsecuente acometimiento de su demolición— por la constructora—, no obstante haber previamente entrado en vigencia el Código de Planeamiento Urbano local (CPU)— recordemos que es una *ley de orden público*—, norma que no solo incluía expresamente al inmueble dentro del área de protección histórica “APH”, sino que, además, también expresamente prescribe la prohibición de autorizar demoliciones de esta clase de edificios, aún— insisto— cuando el inmueble está listado pero pendiente de catalogación. Con ello, como se reconoce en la Sentencia, se dejó sin contenido una protección legal de orden público, preestablecida y vigente. Los tres votos son ilustrativos respecto de que cuando se produjo la demolición, Casa Millán se encontraba protegida legislativamente por estar en vigencia el CPU, el que había comenzado a regir, precisamente, el mismo día en que el GCBA autorizó su demolición.

En resumidas cuentas, la responsabilidad de los accionados, como surge de diversos pasajes de la extensa sentencia, fincaba en, por un lado, el conocimiento que los demandados tenían de la particular relevancia histórica que revestía la Casa Millán— lo que les impedía invocar la ignorancia o error de derecho y menos aún el simple desconocimiento de la normativa local— y, por el otro, la existencia de un específico deber incumplido— en cabeza del gobierno local— de defender, preservar, fomentar y conservar el patrimonio y acervo histórico, artístico y cultural en todas sus manifestaciones, obligación que viene impuesta tanto por los tratados internacionales de derechos humanos y los propios textos constitucionales, cuanto, específicamente, por el CPU vigente.

El caso fue iniciado en 2000, en sede civil, por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, a instancias de la denuncia recibida por un vecino. Si bien oportunamente fue otorgada la protección cautelar, no logró enervar una demolición que igualmente se acometió. Tras denunciar penalmente la Defensoría del Pueblo— por el reato de desobediencia— el incumplimiento de la cautelar, la pretensión se transformó en resarcitoria, solicitándose una indemnización “en carácter de daño moral colectivo puesto que la finca ya había sido demolida, dejando a criterio del *a quo* la fijación de su monto, debiendo tener por destino el resarcimiento, la Comisión de Patrimonio Histórico de la Ciudad para ser utilizada en el mantenimiento de obras y objetos de esa naturaleza” (cfr. Considerando 5° del voto del Dr. Centanaro), demanda que tuvo favorable acogida en ambas instancias.

Los hechos son elocuentes respecto de la gravedad y trascendencia del caso.

Tres puntos quiero destacar de la Sentencia. Primero, el pensamiento del Tribunal sobre la tésis preservacionista, referenciada en los valores “identidad” y “memoria”. Segundo, la preeminencia del derecho colectivo cultural como modulador de la propiedad privada y su proyección en la estructura indemnizatoria y destino de los fondos. Tercero, la definición del Tribunal respecto del contenido y alcance del deber de diligencia de la constructora.

Respecto del primer punto, la tésis preservacionista se justifica en el “carácter y personalidad de Buenos Aires [...] que se caracteriza por la diversidad de identidades, consecuencia de una ciudad que ha crecido superponiendo estratos sociales, culturales y económicos, dándole a Buenos Aires un perfil heterogéneo que la define como única e irrepetible [...]”²².

Agregando: “Es que la defensa del patrimonio urbano tiene como [...] fundamento [...] la recuperación de la memoria colectiva configurando un espacio urbano, reconociéndose a sí mismo, y ofreciéndose a los demás como algo definido por la historia y su presente, con coherencia y continuidad [...]”²³.

Respecto del segundo punto, la preeminencia del derecho colectivo por sobre el individual, el Tribunal lo estructura en base al reconocimiento de que “existe un derecho de la sociedad y una obligación del Estado con relación a su tutela y, paralelamente, un deber de los particulares de no dañar”, debido a la existencia de “una tensión entre el derecho subjetivo de propiedad [...] y el derecho del colectivo en virtud de la calificación jurídica que se le atribuye a la propiedad [...]” (cfr. considerando 19, voto de la Dra. Daniele), que frente a su alteración genera obligación de reparar un daño moral colectivo: “[...] si con tal ejercicio se lesionan realmente otros valores de interés general y por ende superiores, que hacen a la calidad de vida o conservación del entorno arquitectónico o paisajístico de la ciudad”, tal como lo reconoce el Dr. Centanaro (considerando VIII.a), lo que da sentido en el voto de la Dra. Daniele (cfr. considerando 20) a la estructura indemnizatoria y al destino del producido, al decir: “[...] en la medida en que se reconocen bienes colectivos, hay también un daño de esa categoría derivada de la afectación de ese bien [...] la afectación de la memoria colectiva [...] surge, en este caso, por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva y de allí también que el resarcimiento deba ir [...] a patrimonios públicos de afectación específica [...]”.

Respecto del tercer punto, el Tribunal claramente establece el contenido y alcance del deber de diligencia de la constructora: está obligada al acabado conocimiento del ordenamiento rector de todo su giro empresarial, deber que subsiste con independencia de los favores que pudieren haberse obtenido de la Administración amparado en el cumplimiento de formalidades rituales. Tal el apodíctico señalamiento contenido en el considerando 26 del voto de la Dra. Daniele: “[...] *el conocimiento del ‘Código de Planeamiento’ es una cuestión que quien decide dedicarse a la construcción no puede desconocer*” (el destacado me pertenece).

II.3. Tercera. Oda a un Plan Urbano Ambiental sustentable²⁴

En el caso, vecinos de la Ciudad accionaron por amparo en pos de la inconstitucionalidad de una ley modificatoria del CPU que, al mutar la zonificación de un polígono del barrio

²² Considerando 23 del voto de la Dra. Daniele.

²³ Ídem

²⁴ TSJ, “Tudanca, Josefa E. B. v. GCBA”, 1-12-2008.

de Palermo, posibilitaba el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios que ponían en riesgo un tejido y morfología barrial homogéneo, conformado por viviendas familiares y comercios de baja altura.

La demanda tuvo favorable acogida en primera instancia. El Juez entendió que la sanción de la Ley N° 2.241 satisfizo el objeto del amparo. Por ello resolvió: “[...] más que declarar abstracta la cuestión corresponde hacer lugar a la demanda”. Sin embargo, la Sala II de la CCyT revocó la sentencia y declaró abstracta la acción²⁵.

Llegado a conocimiento del TSJ, se revocó la sentencia de Cámara y ordenó al GCBA se “abstenga de autorizar cualquier construcción que varíe las características urbano ambientales de la zona [...] hasta la aprobación del Plan Urbano Ambiental”, solución a la que se arribó por intermedio del voto del Juez Lozano.

Así, en sus considerandos 3° y 4°, para resolver que el pleito no había perdido actualidad, se destacó el carácter indivisible y no disponible del derecho de incidencia colectiva –base del reclamo– a la preservación del patrimonio urbanístico de la Ciudad, determinando luego que la contracara de ese derecho se encuentra en los objetivos urbanísticos y arquitectónicos que la Constitución local puso a cargo de sus autoridades por intermedio del dictado del Plan Urbano Ambiental (PUA).

Allí fincan los cimientos del núcleo de una decisión cuya importancia reside en la reconducción de la cuestión a la tésis constitucional del PUA como base del anhelado sistema urbanístico ambiental porteño, al sostener: “Sin embargo, en autos el interés del pleito subsiste dado que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza que sólo una vez completado el ciclo previsto en el Art. 29 para la emisión de la normativa en materia urbanística, podría afirmarse con verdadera certeza si el Código de Planeamiento Urbano, con sus modificaciones (v. gr. Ley N° 2.241), se ajusta al PUA [...]”.

Sentado ello, su considerando 5° coronará el razonamiento diciendo: “La pauta objetiva que, como regla, esta sentencia impone observar a la Administración, supone evitar que una zona sensible del patrimonio urbanístico como la que nos ocupa sea afectada con la concesión de permisos en desmedro de las facultades reservadas al PUA. Para evitarlo, el parámetro para la autoridad de aplicación estaría dado por las máximas restricciones constructivas que admiten actualmente las normas en la materia. La insuficiencia de ellas, en su caso, podría suscitar los controles administrativos y judiciales previstos en nuestro ordenamiento”, así, reconoce y jerarquiza un control judicial merecedor de elogios, puesto que sobre la magistratura recae el peso de reordenar *todo* el universo fragmentario de una normativa urbanística que, para colmo, reviste la complejidad técnica propia de haber sido diseñada desde otros saberes profesionales.

²⁵ Cfr.: “Grua, Emilia C. F. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, del 10 de agosto de 2007. CCyT, Sala II, voto de la Dra. Daniele. El alcance del decisorio se extendió a los casos “Mazzuco” y “Tudanca”, acumulados.

Juez, que tiene que –como señalaba un autor– convertirse en reordenador de un sistema que, paradójicamente, no solo le niega soluciones sino que lo fuerza a la enorme tarea de argumentar desde otros saberes. Control judicial entonces, ciclópea y encomiable tarea, que tal como reconoce el Juez Lozano, se encuentra estructurado sobre la base de la efectiva vigencia “del principio precautorio y preventivo propio del derecho ambiental”, principio y regla que nutre la cotidianeidad de la judicatura porteña, como he querido, respetuosamente, presentar en este trabajo.

Llegados a este punto, quizás pudiéramos pensar que las consideraciones que planteó el Juez Lozano en el siguiente considerando, el 6º, acaso hayan caído en saco roto, en atención a sus formulaciones –a mi juicio, prospectivas– desarrolladas respecto del PUA.

Pienso que no es así. El voto es por demás elogiabile.

Así, conviene advertir que por Ley N° 2.930²⁶, contemporáneamente, entró en vigencia el PUA, acaso como una formalidad. Su genética, reflejo de discordias y contingencias, proyectó fallas medulares que impiden reconocerle la jerarquía de un plan de ordenación metropolitano, no contribuyendo a la superación del caos normativo urbanístico imperante en nuestra Ciudad. La realidad nos indica que el PUA, en su formulación actual, no logra imponerse como norma general. Por el contrario, existe un duro consenso entre sus destinatarios directos de que, a lo sumo, solo vino a fortalecer el *statu quo* imperante.

De allí la importancia de la doctrina del Tribunal, vertida en el considerando 6º del voto del Juez Lozano, al decir: “La idea de ‘marco’ y el deber de ‘ajustarse’ implican pautas para el legislador y para los jueces. En el caso de los primeros, supone la necesidad de concebir primeramente el PUA [...]. Ello supone, en primer lugar, explicitar esos objetivos y luego reunirlos sistemáticamente, esto es, de manera que no se neutralicen o menoscaben los unos a los otros. Una vez hecho esto, fijar cursos de acción que lleven a su consecución para, nuevamente, sistematizar estos cursos de acción”.

Cabe reconocer la labor del Tribunal en este caso –presumiblemente se encontraba en conocimiento de la existencia del PUA, dada la simultaneidad de fechas–, pues adoptando una actitud prudente sienta bases generales para su reformulación pero, principalmente, reenvía al sistema constitucional con la intención de jerarquizar al instituto, de reconocer la importancia y necesidad de su formulación coherente, como base de todo el sistema urbanístico, en definitiva, en pos del orden constitucional. De allí que la riqueza de las cuestiones planteadas, unida a la elocuencia de tales formulaciones, sin duda han abierto a una muy atractiva polémica en torno al rediseño de nuestro marco rector urbanístico, otorgándole significatividad y trascendencia a la decisión presentada.

II.4. Cuarta. Il potere del fato del ex cine El Plata²⁷

Parafraseando al hado que rodea a la –innombrable– vigesimocuarta ópera del venerable Verdi, este caso –ilustrativo de la inconveniencia de mutar el sino de las cosas– nos encuentra

²⁶ BOCBA N° 3091 del 8-1-2009.

²⁷ Autos: “Ibarra, Anibal y Otros c/ GCBA s/ amparo (Art. 14, CCBA)”. CCAyT, Sala II, sentencia del 31-3-2009.

con relevantes personalidades como actores de un proceso, que contaron con el lúcido patrocinio del destacado colega Diego Sarciat, en el que se demandó al GCBA y la Corporación Buenos Aires Sur SE reclamando la nulidad del llamado a licitación pública para la adjudicación de la obra que se proponía realizar en el ex-cine El Plata, fundado en que el inmueble fue adquirido por el GCBA y luego transferido a la Corporación con condición de destinarlo a la construcción de un centro cultural, por lo cual debido a su valor arquitectónico y emblemático para el barrio de Mataderos, fue catalogado por Ley N° 2.665 en el nivel de protección estructural (cfr. Capítulo 10 del CPU). Señalaron que el proyecto a licitar – construcción de un Centro de Gestión y Participación Comunal– no preservaba su valor patrimonial cultural ni tampoco su destino exclusivo. Por ello, peticionaron el dictado de una medida cautelar en pos de la preservación del destino del inmueble y su estructura edilicia, en tanto integrante del patrimonio cultural de la Ciudad.

La Sra. Jueza de Primera Instancia, Dra. Seijas, en una sólida y ajustada intervención, anuló el llamado a licitación, y le ordenó al GCBA que se abstenga de toda intervención que implique una alteración del destino del inmueble que no se corresponda con la protección estructural que el edificio posee²⁸. Merece destacarse la relación e identificación establecida por la Magistrada entre el derecho colectivo en juego, la legitimación amplia y la jerarquización del rol del Juez, pero manteniendo a la Administración incólume en su rol de vicaria del interés público, al decir en su considerando XI: “[...] los derechos involucrados en autos exceden el interés de las partes y, al mismo tiempo, ponen en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido aquel como el de la sociedad en su conjunto [...] el marco legal descripto brinda un claro sustento a la apertura de la administración de justicia hacia instituciones, grupos o aun personas aisladas que soliciten protección para bienes, que, aun cuando su goce no esté individualizado, conforman el patrimonio colectivo. En efecto, de las normas aplicables se destaca que la colaboración de los particulares justifica una amplia legitimación para exigir [...] el cumplimiento de lo previsto en el Código de Planeamiento [...]”.

La Sala II del CCAyT confirmó la Sentencia, señalando que “la obra licitada importa reformular el edificio en aspectos no permitidos. Esto es, se prevé una demolición parcial y la construcción de un nuevo cuerpo que –tal como dijo el Tribunal de grado– exceden y afectan la protección asignada al inmueble antes referido”²⁹, lo cual, en miras a la protección estructural asignada al bien en cuestión, impide llevar adelante las obras intentadas por las autoridades administrativas en ese edificio.

De esta manera, en este caso, elucidar la adecuación al destino normativamente atribuido al inmueble *vis a vis* lo dispuesto en el CPU, resultó decisivo; ya en el caso “Pusso” la CCAyT ha dejado en claro que incluso “la existencia de un proyecto de ley sobre catalogación debe aparejar la modificación preventiva del catálogo respectivo mientras dure el trámite,

²⁸ Cfr. considerando XIII: “[...] el Legislador adoptó [...] una determinada opción, traducida en la Ley N° 2.665 [...] Siendo así, dilucidar si la obra contratada se adecua al grado de protección estructural brindado al inmueble se convierte en el eje de este proceso”.

²⁹ Considerando 9°.

y ello comporta la improcedencia de otorgar permisos de obra o demolición hasta tanto se resuelva (cfr. Arts. 10.3.3 CPU y 12; y Resolución N° 6 de la Subsecretaría de Patrimonio Cultural)³⁰.

II.5. Quinta. La desprotección a la residencia del prócer argentino Lucio V. Mansilla³¹

En este pronunciamiento de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo se discute la procedencia de la indemnización por expropiación inversa que reclamó la descendencia del prócer debido a la asfixiante restricción que les impuso el dictado de la Ley N° 25.317, que declaró al edificio que ocupa la casa Mansilla como monumento histórico-artístico nacional argentino.

El núcleo del conflicto fincó en la práctica anulación del derecho de propiedad que implicó el Artículo 2° de la Ley N° 25.317, por el que se sometió al inmueble al régimen de la Ley N° 12.665. Ello determinó que en los hechos el bien deviniera indisponible por la evidente dificultad de su utilización en condiciones normales³². Dicha declaración, lejos de importar un reconocimiento, un beneficio material concreto para el sostenimiento del bien, una jerarquización o un compromiso del Estado –es decir, de todos– en pos de la protección del inmueble –también para todos–, en realidad, perversamente, operó el fenómeno inverso: importó la restricción de afectación, modificación o alteración de cualquier forma del estado de un inmueble –paradójicamente declarado monumento histórico–, sin compromiso público de ninguna índole y sin contraprestación alguna, ya que solo fue merecedor de la cínica e irrita exención del pago de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza³³; no obstante que el propio régimen de monumentos nacionales le establece concretas obligaciones al poder público, como claramente expuso el Dr. Alemany en su voto³⁴.

Esta descolorida paleta de opacidades estatales con las que se ilustró a este cuadro desolador queda al descubierto en los apodícticos señalamientos del Dr. Gallegos Fedriani en sus considerandos 9° y 10°: “Que pretender por parte del Estado Nacional que los propietarios se hagan cargo y sean responsables de un edificio prácticamente insalvable desde el punto de vista arquitectónico entendiendo que es compensación suficiente el hecho de que no paguen impuestos resulta más que un principio de derecho una falta de

³⁰ Autos: “Pusso, Santiago c/ GCBA/s/ otros procesos incidentales”, Sala I de la CCAyT. En Aveldaño, Mercedes I., “Directivas...”, citado.

³¹ CNCAF, Sala V, 4-11-2009, causa n° 37.999/2000, “Zorrilla, Susana y otros c/ EN – PEN s/ Expropiación-Servidumbre Administrativa”.

³² Ver: Gallegos Fedriani, Pablo, “El derecho ambiental en el ámbito urbanístico”, *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010.

³³ O como enfatiza el considerando VIII del voto del Dr. Gallegos Fedriani: “Sin dejar de señalar el ‘vía crucis’ ya seguido por los actores por ante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; sin ningún resultado”.

³⁴ Cfr. voto del Dr. Alemany, considerando 1°: “a) En el Art. 3° de la Ley N° 12.665, a la que se remite la Ley N° 25.317, se establece que si la conservación del lugar declarado monumento histórico implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario; y en el Artículo 4° de ella se dispone que los inmuebles históricos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte, sin intervención de la Comisión Nacional [...]”.

respeto al derecho de propiedad. Resulta evidente que nada puede pretender (el Estado) respecto a los gastos que le ha ocasionado el mantenimiento y custodia del edificio; ordenado en este expediente judicial, sobre todo cuando –como surge de la sentencia de la Sra. Jueza– ha sido ineficiente y a todas luces contrario al mantenimiento de un monumento histórico arquitectónico y cultural (piénsese sólo en el reemplazo de la puerta de entrada de la casa que ha sido sustraída y reemplazada por una chapa galvanizada). Que nadie desconoce los derechos del Estado en aras del bien público de limitar los derechos de los habitantes incluido el de propiedad. Mas cuando tal derecho no es limitado sino prácticamente desconocido, nace por parte del Estado –aún cuando actúe legítimamente– el deber de indemnizar (arg. Art. 16 de la Constitución Nacional)”.

La Sentencia presentada ilustra así la desprotección en la que frecuentemente encontramos a los bienes culturales y la desaprensión con la que el poder público muchas veces asiste solo de manera declamatoria, limitándose a catalogar bienes y afectando a regímenes especiales para luego incumplirlos, como ilustra el caso comentado.

III. A modo de epílogo

Las piezas judiciales presentadas verifican, en gran medida, la inexistencia de políticas públicas concretas en la materia y, de la misma manera, comprueban la inexistencia de una toma de posición por parte del sistema del poder.

Así, se advierte la necesidad de llevar adelante una discusión concreta que principia por elucidar previamente por identificar qué es la cultura para nosotros, lo cual conecta con la pregunta por nuestra identidad y ser nacional, situado, como objeto a preservar. Adviértase que en nuestro país ni legislación ni doctrina se ocuparon de establecer los elementos esenciales de la noción patrimonio cultural y mucho menos la de identidad cultural, nociones íntimamente amalgamadas.

Por ello comparto con quienes sostienen que el “patrimonio cultural” es algo más que una geografía construida, porque su núcleo trata del “entorno” que le da “sentido de pertenencia” a un pueblo o nación, lo reconoce en una historia, en una geografía y lo proyecta –en su especificidad– al futuro. De allí la previa necesidad de establecer las bases de nuestra identidad cultural como previo a definir qué es para nosotros un bien cultural³⁵.

Si la cultura es expresión de la identidad de una sociedad devenida en nación, creo, en honor a la memoria que declamamos, que hay una previa discusión que debiera darse en mi país y respecto de la cual las piezas judiciales presentadas constituyen un significativo aporte en punto a determinar de qué se trata esa identidad que concretamente queremos preservar. Me despido con una pregunta. Si ante todo el derecho es un fenómeno cultural, ¿cómo haremos para preservar la identidad de aquello que los argentinos y “porteños” hemos constantemente suprimido, reemplazado y yuxtapuesto?

³⁵ Ver: Zendri, Liliana con cita de González-Varas, Ignacio, *Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas*, Madrid, Ed. Cátedra, 1999, p. 17.

LA PROBLEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL ARGENTINO

I. Aproximaciones iniciales

I.1. En Argentina, la protección del patrimonio cultural es una cuestión que precisa de reordenación. No por nada, el punto de inicio de todo trabajo en la materia suele identificarse con nuestra legislación difusa y ambigua, que pone en serio riesgo el efectivo tratamiento del bien¹, y genera grave preocupación entre los operadores jurídicos. El quid de esta cuestión comienza con un primer interrogante: ¿de qué manera la protección puede ser efectiva cuando ni siquiera contamos con una noción concreta de cuáles son los bienes integrantes del patrimonio cultural argentino? Ciertamente, sin objeto de protección claramente definido y enmarcado, tampoco puede esperarse que su protección sea exitosa². Dicha inquietud es compartida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que ven al “patrimonio cultural argentino” desprotegido frente al impacto generado por esta falta de delimitación legislativa.

¹ Soria, Daniel Fernando, “Panorama de la protección del patrimonio de interés público”, en AA. VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005; del mismo autor, “Responsabilidad estatal en el marco de la actividad urbanística”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 326, Buenos Aires, Ediciones Rap, pp. 415 y sigs.; Zendri, Liliana, “El patrimonio cultural y la identidad cultural”, en *JA* 2001-II-1323; Uslenghi, Alejandro Juan, “Aspectos jurídicos de la preservación del patrimonio arquitectónico”, en *LL* 1991-A3; Damsky, Isaac Augusto (h), “La protección del patrimonio cultural de Buenos Aires. Cinco elogiosas piezas judiciales y un pentagrama en blanco para la discusión pendiente”, en *Suplemento 75º Aniversario de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, pp. 290 y sigs.; Notas CPAU N° 06, “Construir el patrimonio”, junio 2009; entre otros.

² Tal es así que, como veremos, que no fue hasta el dictado de la Ley N° 25.195 que se establecieron los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural argentino. Previo a la reforma constitucional, se identificaba su protección a través de la Cláusula del Progreso contenida en la redacción del Art. 67, inc. 16. La categoría se integraba con las previsiones de la Ley N° 12.665, aunque también resulta insuficiente al alcanzar sólo a museos, monumentos, y lugares históricos.

En arenas internacionales, esta serie de deficiencias y omisiones compromete seriamente al Estado. Por la relevancia que posee entre la comunidad internacional, la protección del patrimonio cultural dejó de ser solo local para extenderse globalmente. Reflejo de este compromiso, se han suscripto numerosos instrumentos de protección internacionales³, entre los que se destaca la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural de la UNESCO (1972)⁴, que responsabiliza internacionalmente a aquellos Estados Parte que no adopten medidas destinadas al cumplimiento de los compromisos estatales en relación con el patrimonio propio de cada uno de ellos. Incluso, determina un mecanismo de cooperación internacional⁵, definiéndolo como “el establecimiento de un sistema de cooperación y asistencia internacional destinado a secundar a los Estados Partes en la Convención en los esfuerzos que desplieguen para conservar e identificar ese patrimonio”⁶. Sus cláusulas no solo dejan entrever su imposición sobre los ordenamientos normativos estatales, sino

³ A modo de ejemplo pueden mencionarse la Convención sobre el Patrimonio Arqueológico (1992), la Convención sobre el Patrimonio Arquitectónico (1985), la Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972), la Carta de Atenas (1931), la Carta de Venecia sobre la Conservación y Restauración de los Monumentos y los Sitios (1964), la Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico (Ámsterdam, 1965).

⁴ El Art. 1º de la Convención considera “Patrimonio cultural” a “los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

⁵ Esta norma es además clara en cuanto a la responsabilidad internacional de los Estados Parte. Su Art. 4º reza: “Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico”. De la misma forma, establece: “Con objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada país, cada uno de los Estados Partes en la presente Convención procurará dentro de lo posible: a. adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; b. instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban; c. desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural; d. adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio; y e. facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo” (Art. 5º).

⁶ Art. 7.1.

además la obligación del Estado Parte de implementar todas las medidas necesarias para efectivizar dicha protección y promoción, la que extiende a las subdivisiones políticas que comprometen al Estado ante la comunidad internacional⁷. La protección local debe respetar también los estándares internacionales de protección y promoción identificados en las Directivas y Opiniones de los Organismos Internacionales competentes en la materia⁸.

Esta jerarquía normativa significa un progresivo desarrollo y aplicabilidad de las normas de derecho internacional sobre el interno, ampliando el sistema de protección y de garantías de los Derechos Humanos. Este proceso de internacionalización del derecho interno se percibe además como fenómeno global, a partir del progresivo impacto del orden internacional sobre el local, que se identifica a través de un sistema normativo dual, donde el ordenamiento internacional y el interno convergen armónicamente⁹. En palabras del Profesor Agustín Gordillo: “[...] todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas [...]. Estas normas constituyen no solamente derecho supranacional sino también y cuanto menos, al mismo tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas no tengan un contenido manifiesta e indiscutiblemente programático”¹⁰, de manera tal que “el derecho interno, leyes incluidas, deberá ceder ante el derecho supranacional creado por los organismos a los que el país suscriba y que corresponderá a los jueces aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediatamente operativa y en base a la jurisprudencia internacional”¹¹.

I.2. En nuestro país, es a partir de la reforma constitucional de 1994 que la tutela del patrimonio cultural se incluye expresamente en su texto. Contemplado en el Artículo 41, dentro de la noción jurídica de *medio ambiente*¹², articula sus disposiciones con la Cláusula

⁷ Es importante destacar que no obstante la norma respeta “plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural [...] sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio”, deja en claro la prevalencia internacional sobre la local al indicar que “los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar” (Art. 6°).

⁸ Tales como ICOMOS, ONU, UNESCO, e ICCROM.

⁹ Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, p. 20.

¹⁰ Gordillo, Agustín, “Introducción al Derecho”, Cap. VIII, pp. 6 y 22 y 23. En <http://www.gordillo.com>.

¹¹ Ídem, Cap. VIII, p. 18.

¹² El Art. 41 reza: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. *Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.* Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos” (el resaltado nos pertenece).

del Progreso del Artículo 75, inc. 19¹³, y con su Artículo 75, inc. 22¹⁴, que otorga jerarquía supralegal a los instrumentos internacionales en general y jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales contemplan la protección del patrimonio cultural como un derecho humano fundamental¹⁵.

¹³ El Art. 75.19 atribuye al Congreso Nacional el dictado de la legislación que “proteja la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales [...]”.

¹⁴ El Art. 75, inc. 22 reza: “Corresponde al Congreso [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

¹⁵ Los lineamientos normativos allí contenidos se orientan, principalmente, a implementar medidas preservacionistas destinadas a promover la conservación, desarrollo, y difusión de la ciencia y la cultura. Tal como ocurre con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que exige a los Estados Parte la adopción de medidas que propendan a la conservación, el desarrollo, y la difusión de la cultura (Art. 15, inc. 2). Similar disposición contiene la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 27, inc. 1. Agrega su Art. 2º, inc. 1º: “[...] cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Los tratados de Derechos Humanos integrados al plexo normativo interno a partir del Artículo 75, inc. 22 de la Constitución y por tanto con igual jerarquía constitucional contienen disposiciones similares a la referida. El citado Pacto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención sobre los Derechos del Niño, por mencionar algunos, contienen lineamientos que no sólo colocan al Estado como responsable por el resguardo del medio ambiente sino que además el incumplimiento de tal compromiso asumido por las autoridades públicas implica la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha entendido que la principal obligación de los Estados Partes es la de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos contenidos en las disposiciones del Pacto, lo que incorpora a su vez otra obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes, procediendo lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo, aprovechando al máximo los recursos de que disponga ese Estado [Observación General Nº 3, sobre “*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1º, Art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales)*” (1990), Punto 9º]. En la materia, la Declaración Internacional de Derechos Humanos y el PDESC contienen disposiciones expresas en resguardo del patrimonio cultural. Otros ejemplos de Tratados Internacionales son la Convención de las Naciones Unidas para la Protección de Bienes Culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 1954, ratificada por Ley Nº 23.618), la Convención sobre Patrimonio Arqueológico (1992), la Convención sobre el

A razón del mandato constitucional, la Nación y las Provincias—incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—dictan concurrentemente la legislación relativa al patrimonio cultural. Los Artículos 41, 42¹⁶ y 124¹⁷, junto con el Artículo 75.12¹⁸ de la CN, obligan a la Nación a fijar los Presupuestos Mínimos—aunque sin alterar la jurisdicción local—, mientras que a las Provincias las compromete a dictar la legislación complementaria.

No obstante esta descentralización normativa, los esfuerzos son insuficientes. En vez de contar con una legislación sistematizada y armónica, nos enfrentamos, muy por el contrario, a una dispersión legal e institucional de magnitud tal que nos coloca ante situaciones que varían desde la multiplicidad de normas—por cierto superpuestas e incompatibles entre sí— hasta incluso un vacío legal, al no encontrar ninguna disposición que pueda brindar certeza a la cuestión. Idéntica situación encontramos cuando debemos recurrir a los organismos intervinientes, donde no sólo suelen superponerse las autoridades competentes (tanto nacionales como las propias locales) sino que, además, no es extraño que estas instituciones carezcan de personal con conocimiento y *expertise* técnica en la materia, lo que provoca un comportamiento obtuso y hasta en cierta forma inconsciente con los valores culturales y patrimoniales que se protegen en estos bienes. Al poseer capacidad de decisión, este desconocimiento latente de los estratos administrativos hace que el patrimonio cultural se encuentre en una posición aún más vulnerable, lo que permite un mayor avasallamiento de los mismos. Recordemos, además, que una de las características de los bienes culturales—en tanto recursos naturales— es, precisamente, su intangibilidad. Las Administraciones suelen desatender los efectos nocivos de la intervención para luego, ya sea por pedido

Patrimonio Arquitectónico (1985), y la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (París, 1972, ratificada por Ley N° 21.836), la referida Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (París, 1972), ratificada por Ley N° 21.836; y la adhesión al ICCROM (Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (UNESCO, 1959), por Ley N° 23.578.

¹⁶ “Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

¹⁷ El Art. 124 en su parte pertinente señala: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

¹⁸ El inc. 17 posibilita el ejercicio concurrente de las Provincias de las atribuciones del Congreso de la Nación en lo que corresponde a “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten [...]”.

judicial y/o por su trascendencia en la sociedad y las repercusiones sociales y político-institucionales que se generan, implementar improvisadamente alguna medida precautoria con la mayor premura, aunque con el bien cultural ya afectado¹⁹.

Este escenario nos desconsuela aún más al detenernos a pensar que tal multiplicidad organizacional se ramifica por jurisdicción²⁰. El estado de situación echa por tierra toda esperanza de protección del bien cultural, reflejo de la incapacidad de las autoridades públicas de poner en marcha un mecanismo que evite su progresiva e –hasta ahora– ininterrumpida degradación, frente al inadecuado monitoreo y control de los bienes que deberían formar parte del patrimonio cultural, y de su conservación una vez afectados al sistema de protección patrimonial. Veremos más adelante que este sistema se asemeja más a una imposición de cargas que a un mecanismo tendiente al mantenimiento y puesta en valor del bien en cuestión, lo que ha generado numerosas críticas y reclamos judiciales.

Por otra parte, la interjurisdiccionalidad de ciertos bienes culturales también es otro aspecto a considerar. En estos supuestos, la jurisdicción compartida entre el Estado Nacional y sus subdivisiones políticas genera que más de una autoridad sea la competente sobre los mismos, lo que provoca un conflicto interadministrativo en el cual los organismos, en vez de implementar un mecanismo de actuación y cooperación, dejan el bien a la deriva.

I.3. En correspondencia con la encomienda constitucional, los presupuestos mínimos fueron fijados a través de la Ley N° 25.675 de Gestión Ambiental. Entre sus objetivos involucra la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos culturales²¹. Los lineamientos nacionales representan una suerte de marco que las Provincias utilizan para dictar su legislación local, no obstante no sean vinculantes para las mismas. Cada una de las subdivisiones políticas cuenta con su propia normativa en la materia²², y aplica los presupuestos nacionales de forma supletoria, los cuales pueden ser hasta

¹⁹ Esta reacción a destiempo suele traer aparejado serios perjuicios por cuanto no sólo el bien ya fue modificado, sino además porque en muchas oportunidades la acción sobre el bien fue en un principio autorizada por la propia autoridad administrativa (tal es el caso reciente de la confitería Richmond en la Ciudad de Buenos Aires que mencionaremos en este trabajo). Ello también genera ciertos inconvenientes que deben considerarse en la materia, ya que en estos casos –que suelen tratarse de autorizaciones de obra e innovaciones sobre el bien propiedad de un particular– luego de la interrupción nadie se “hace cargo” de lo invertido por el autorizado a partir del permiso sobre el mismo. No solo el bien ya se modificó por la intervención de su propietario, sino además que la construcción queda sin culminar por dicha interrupción estatal –quien fue la misma que en un principio autorizó– acarreando todos los costos el propio particular que se ve frente a una obra sin finalizar, el bien sin resguardar, y su inversión sin recuperar.

²⁰ En referencia a este aspecto, hay coincidencia en que en la Administración “ha aumentado, dentro de su ámbito, la cantidad de oficinas que opinan y dictaminan sobre la conservación del patrimonio construido. Estos nuevos actores hablan, la mayoría de las veces, en forma contradictoria, con poco sustento técnico y disparidad de criterios, atándose a un rigorismo excesivo” En Fernández, Cristina, “La política de conservación no se mide sólo con la catalogación”. En Notas CPAU N° 6, junio 2009, p. 10.

²¹ Conf. Art. 2°, inc. a)

²² Por ejemplo, dentro de las Constituciones provinciales pueden citarse las de Buenos Aires (Art. 44), Catamarca (Arts. 110.18 y 265), Corrientes (Art. 182), Salta (Arts. 52 y 56), San Luis (Arts. 65, 68 y 258.17), Tucumán (Art. 124), y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Arts. 14, 27, 32, etc.).

cuestionables por las autoridades locales si éstas entienden que tales lineamientos invaden sus competencias, y que el presupuesto fijado excede el “mínimo” al que se refiere nuestra CN. En este supuesto, no es obligación de las Provincias adherirse a la legislación nacional.

I.3.1. En consecuencia, en estos supuestos pueden identificarse tres aristas que convergen y caracterizan nuestro sistema de protección del patrimonio cultural:

- en un extremo, el ámbito nacional, donde la ambigüedad y vaguedad de las normas aplicables dificultan la efectividad de la protección del patrimonio nacional;
- en otro, la ya vista preponderancia de la legislación local por sobre la nacional;
- finalmente, y bajo la interpretación del Artículo 75, inc. 22, de nuestra CN, tenemos la normativa internacional que se impone sobre la nacional, y que las legislaciones provinciales deben respetar²³.

En otras palabras, las provincias podrían hacer caso omiso de las directivas nacionales, pero no pueden hacer lo mismo con las internacionales que, por imperio del Artículo 75, inc. 22, CN, se imponen sobre el resto de la legislación nacional y provincial.

Entonces, si en esta línea argumental, la ley provincial puede ser incompatible con la nacional aunque no con la internacional, ¿la nueva jerarquía de normas vendría a ser internacional-provincial-nacional? ¿Dónde está la soberanía estatal si, mientras su obligatoriedad no rige para estas cuestiones, la internacional es vinculante para todos los supuestos, ya sean legislación de fondo o especial? ¿Por qué este conflicto jurisdiccional implica que la normativa nacional no pueda alterar las jurisdicciones locales, pero la internacional sí puede avanzar y prevalecer frente a la provincial? Ciertamente aspecto merecedor de otro trabajo, no podíamos dejar pasar por alto este interrogante.

I.V. Como vemos, muy a nuestro pesar, el patrimonio cultural enfrenta más incertidumbres que certezas. Estudiaremos, en consecuencia, los diversos aspectos relevantes en la materia, a fin de ofrecer un estudio integral respecto de su promoción y protección en nuestro país.

II. El patrimonio cultural en las metrópolis. Diversos enfoques del daño urbanístico ambiental

II.1. En consonancia con lo que venimos exponiendo, la consumación del daño urbanístico ambiental en las ciudades es, en su mayoría, irreversible. No sólo por la demolición de porciones significativas del antiguo patrimonio arquitectónico metropolitano, sino además porque un número cada vez mayor de emprendimientos inmobiliarios cuenta con espacios verdes arrebatados al espacio público y de uso común, alterando la geografía y apropiándose de lo mejor de las urbes.

²³ A ello se suman los bienes que transgreden en los límites provinciales. En estos supuestos no sólo nos enfrentamos con serios inconvenientes legislativos sino también con problemáticas institucionales, que derivan en una superposición de competencias entre los diversos órganos actuantes que empeoran aún más el panorama de protección del bien cultural.

Los Tribunales especializados son conscientes de ello. Ya se han referido señalando que “en la actualidad, las grandes concentraciones urbanas, como consecuencia del desarrollo de la industria y el afán de rechazar todo aquello que no resulte ‘productivo’, han favorecido que en numerosas ocasiones la piqueta haya derribado verdaderas obras de arte para ser sustituidas por modernos edificios con una gran capacidad de alojamiento pero que en modo alguno pueden compensar la pérdida de un objeto que representa el sentir de otros tiempos”²⁴.

La explosión del mercado inmobiliario, reflejado en los actuales y renovados operadores económicos inmobiliarios que conforman un verdadero sector de *desarrolladores urbanos*²⁵, consolidó un “poder real” con verdadera capacidad de imposición por sobre un Estado *dócil*, cada vez más reducido a su carácter de “poder formal”²⁶. Sobre estas bases se expandió el *real estate boom* argentino, en muchos casos predatorio del patrimonio arquitectónico, natural y cultural, y por cierto muy alejado de las directivas constitucionales en materia de desarrollo sustentable y medio ambiente y de la *arquitectura sustentable* irónicamente proclamada como legitimadora de tales intervenciones²⁷. La falta de un ordenamiento urbanístico sistemático, actualizado y efectivo, acompañado de un adecuado contrapeso institucional público, permite que el fenómeno se retroalimente y crezca exponencialmente.

Esta depredación del patrimonio arquitectónico proveniente del desarrollo inmobiliario, encuentra lugar de discusión dentro de la *puja bifocal* entre preservacionistas y desarrolladores²⁸: mientras los primeros discuten desde una perspectiva construida a partir del sistema de derechos, reclamando el respeto y promoción efectiva de sus derechos culturales²⁹, el sector inmobiliario se posiciona desde sus derechos de propiedad y libertad económica, afectados por una cada vez mayor normativa dispar y fragmentaria, que no hace más que provocar erráticas y contradictorias medidas urbanísticas propias de un Estado permeable y proclive a ceder frente a intereses sectoriales que lo llevan a emitir normas sin crítica³⁰.

²⁴ En Autos “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA y otros s/ otras demandas contra la autoridad administrativa”, Sala II, de la CCyT. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Considerando 23° del voto de la Dra. Daniele.

²⁵ Sector económico notablemente expandido, nucleado predominantemente en la Cámara de Empresas Desarrolladores Urbanos, http://cedu.com.ar/cedu_new/.

²⁶ Damsky, Isaac Augusto, “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, *El Derecho Administrativo*, Suplemento del 31 de julio de 2009, pp. 1 a 7.

²⁷ Ver objetivo n° 6: “Promover la arquitectura sustentable, el respeto por el medio ambiente y los recursos no renovables”. En http://cedu.com.ar/cedu_new/es/institucional/objetivos.html.

²⁸ Navas, Mariano, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”, *La Ley* Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 2, Número 5/octubre 2009, Doctrina, p. 49.

²⁹ Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Rev. IIDH*, Vol. 40, 2004, pp. 36 y 37.

³⁰ Damsky, Isaac Augusto (h), “La protección del patrimonio cultural de Buenos Aires. Cinco elogiosas piezas judiciales y un pentagrama en blanco para la discusión pendiente”. Citado.

II.2. El conflicto entre derechos vinculados con la misma materia también posee una trascendencia fundamental. Tal es el caso, por ejemplo, de la discusión entre *espacio verde o espacio cultural*. Al tratarse de emprendimientos destinados a la promoción cultural, pero emplazados sobre espacios verdes emblemáticos de la Ciudad, el punto inquieta por su complejidad. En estos supuestos, ¿qué sucede cuando no son las construcciones de edificios habitacionales sino culturales las que avanzan sobre los espacios públicos? Si ambos derechos guardan íntima relación con el patrimonio cultural, ¿cuál de ellos debe prevalecer?

Es que, con los intereses económicos en un—aparente—segundo plano, aquí la cuestión a resolver finca en la colisión entre, por un lado, la preservación de los parques y espacios verdes que se verían reducidos por aquella construcción y, por el otro, el objeto del emprendimiento, relacionado con la difusión cultural, y amparado por la misma normativa protectora. Estos casos generan una amplia repercusión y participación institucional y social, y ambas posiciones se muestran inflexibles en el debate³¹.

³¹ Esto se debatió, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires durante la construcción e instalación del Museo del Arte Latinoamericano (MALBA), y recientemente en París, con la construcción de un emprendimiento similar sobre el Bois de Boulogne. En lo que al caso argentino respecta, la construcción del MALBA (de capitales privados) fue autorizada por el gobierno porteño y comenzó a ejecutarse en 1998. Tiempo después, con la obra ya avanzada, Eduardo Costantini—empresario que encabezaba el emprendimiento y cuyas obras de su colección serían expuestas en el edificio—pidió autorización a la Legislatura para aumentar la superficie construida. Durante ese trámite, un grupo de vecinos de la zona denunció un supuesto impacto ambiental de la obra, a más de la intervención presuntamente irregular del funcionario que autorizó la construcción. Pensaban que dicha construcción podría afectar su calidad de vida y producir una baja en el valor de sus propiedades, y cuestionaron desde el principio la real valía de que un grupo privado realizara tal obra. El resultado: la obra estuvo paralizada durante cuatro meses, y reanudada una vez aprobada por la Legislatura porteña la excepción al Código de Planeamiento Urbano que permitió construir más metros cuadrados que los autorizados por ley (Fuente: *La Nación*. En <http://www.lanacion.com.ar/44912-el-malba-recibio-la-excepcion-que-pedia>; *Página 12*. En <http://www.pagina12.com.ar/2001/01-01/01-01-24/pag13.htm>). Interesa el fundamento de Ley a través del cual se motiva la ampliación del permiso por cuanto señala: “[...] más allá de la actividad comercial que puede desarrollar en su vida personal, no puede negarse que el empresario promueve la vida cultural con su propio peculio. La rentabilidad del museo se mantiene gracias a los aportes del mismo, quien cubre un presupuesto que es muy elevado y deficitario. A pesar de ello, en vez de cercenar su inversión, duplica la apuesta y en mérito a los requerimientos del público y a las necesidades existentes, se proyecta agrandar el museo para contener la oferta cultural”. Conf. Proyecto de Ley N° 2157-D-07. En <http://www.cedom.gov.ar>. En París, el caso en comentario tiene asiento en el Bois de Boulogne. Bernard Arnault, dueño del grupo LVMH, está construyendo en el Bois—de tierras estatales— un museo para albergar su colección de arte contemporáneo. Si bien se acordó que en un plazo de 55 años el edificio sería cedido a la Ciudad y la construcción ya está a medio terminar, la obra fue paralizada por una asociación de vecinos (la “Coordinación para la Protección del Bois de Boulogne y sus alrededores”, o la “Coordination for the Protection of the Bois de Boulogne and its Surroundings”, en inglés), que obtuvo una decisión favorable de la justicia del 20 de enero pasado anulando el permiso de construcción otorgado en 2007. No obstante dicha resolución, el Gobierno de París, que adoptó una posición favorable a la construcción del museo, apeló la decisión judicial, y se estima que la resolución demandará entre uno o dos años más. (Fuente: *New York Times*. En <http://www.nytimes.com/2011/04/08/world/europe/08paris.html>. *La Nación*. En <http://www.lanacion.com.ar/1364359-museos-o-espacios-verdes>). Si bien en Argentina, en el caso del MALBA, se ha resuelto construir dicho emprendimiento (que el pasado 21 de septiembre festejó su 10° aniversario), el supuesto francés tiene aún en vilo a los parisinos, por lo que habrá que esperar qué criterio se adopta para la resolución de la cuestión.

II.3. A más del elemento cultural, otro aspecto que caracteriza al patrimonio urbano es su articulación con los derechos económicos, entre los que se incluye el de propiedad. Sabido es que una de las principales controversias en la materia radica en la restricción del uso del bien una vez catalogado como patrimonio cultural. No obstante la legislación contempla desde el otorgamiento de una indemnización por expropiación (para los casos de que la conservación resulte muy onerosa para el propietario), hasta la celebración de acuerdos de protección y/o exenciones impositivas; éstos no han logrado ser una eficaz y adecuada herramienta que sirva de incentivo económico para la rehabilitación, reciclaje y puesta en valor del bien en cuestión.

La marea de propuestas declarativas abocadas solo a la confección de códigos y reglamentaciones, no hace más que confirmar la falta de consideración sobre el costo económico que las medidas conservacionistas implican, y la inexistencia de políticas de financiamiento que puedan paliar los gastos de implementar las acciones de rehabilitación urbana, siguiendo las reglas del arte y estimulando la calidad arquitectónica. En este sentido, se ha dicho que “las obras de rehabilitación, la puesta en valor y el reciclaje de edificios suponen, además, los costos de la necesaria adaptación de los viejos edificios a la normativa de edificación exigible: instalaciones eléctricas, sanitarias, de incendio, de seguridad, y de accesibilidad”³², costos que, evidentemente, al no ser tenidos en cuenta para su catalogación, sólo desalientan la protección de patrimonio cultural. El tampoco considerar que el valor económico del bien patrimonial se incrementa por la posibilidad de uso y conservación, y no con la sola declaración de su valor, es fundamental en la temática. No es casual que la catalogación suela provocar un efecto contrario al buscado: el desuso del bien, el desinterés de su propietario para su conservación, y su consecuente deterioro³³.

II.4. A colación de lo dicho, la necesidad de implementar un sistema que fomente la protección y conservación del bien catalogado pareciera reafirmarse cada vez más, a raíz de la mayor presencia de la antinomia entre *preservación*—vía catalogación—*vs. renovación*—vía demolición— en el discurso de los operadores en la materia³⁴. Mucho se discute en torno al ineficiente mecanismo de incentivos ofrecidos en los diversos códigos de planeamiento urbano de las metrópolis, cuyas obligaciones hacia el propietario del bien hacen que la propiedad sobre el mismo se asemeje más a un castigo que a un beneficio. Se enfatizan

³² Fernández, Cristina, “La política de conservación no se mide sólo con la catalogación”, en Notas CPAU N° 6, p. 10.

³³ Recordemos que un bien no sólo es pasible de catalogación por sus valores en sí, sino, además, por su entorno, lo que le otorga mayor complejidad a la temática, por cuanto el interés en su preservación no radica en el bien en sí, sino en sus alrededores. Ejemplo de ello son las Áreas de Protección Histórica (APH) de la Ciudad de Buenos Aires en el que se intenta mantener la sustentabilidad del sector en su conjunto y no el bien en sí, siendo su protección reflejo de la conservación del área como Patrimonio Cultural de la Ciudad.

³⁴ El Consejo Profesional de Arquitectura y Urbanismo ha dicho: “Encauzar el debate sustitución *vs.* catalogación requiere articular los paradigmas urbanísticos actuales tales como la configuración del espacio público, las consideraciones morfológicas, la valorización de la ciudad existente: sus edificios patrimoniales y sus tejidos emblemáticos, con los procesos de renovación urbana para asegurar la diversidad de la ciudad y su sustentabilidad en el tiempo”. En <http://www.cpau.org/media/BIBLIOTECA/virtual/patrimonio.pdf>.

las bondades del patrimonio cultural, pero muy pocos incentivos se implementan para motivar su protección. Es indiscutible que “dentro de la ciudad capitalista, una edificación perdura mientras su explotación sea rentable, tanto comercialmente como para residencia propia. Cuando deja de serlo, se pierde la fuente de recursos necesaria para su mantenimiento y entra en degradación. En este punto, es necesario introducirle modificaciones de reciclaje más o menos profundas para que recupere viabilidad. En el extremo, estas acciones moderadas pueden no ser factibles, y se hace necesario demoler la edificación inviable para edificar otra apta para las nuevas realidades. Cuando la edificación ha perdido la rentabilidad que le da vida, no es posible asegurar su sobrevivencia, prohibiendo lisa y llanamente su modificación, pues en ese caso ¿quién se hará cargo de su mantenimiento para asegurar el decoro urbano?”³⁵. Justamente, toda declaración de valor patrimonial de un edificio seguida de su afectación a preservación, implica una pérdida para sus propietarios, que antes de esa declaración podían modificar o demoler para levantar nuevas construcciones reglamentarias³⁶. En supuestos en que no se encuentran motivos de rentabilidad del edificio, éste cae en estado de abandono, con signos visibles que alientan la intrusión, y produciendo la degradación, no sólo del propio edificio, sino además de los linderos y hasta de sectores urbanos de extensión creciente. En estos casos, el deterioro del inmueble es tal que ya pierde todo sentido su protección, siendo preferible su reemplazo por una construcción que renueve dicho espacio³⁷.

II.5. Por otra parte, la falta de actualización que suele caracterizar a las normas de planeamiento solo da lugar a catalogaciones de inmuebles deteriorados y que no responden a un valor cultural e histórico que amerite su protección. Esta tendencia a catalogar los edificios por su antigüedad y no por el valor cultural que representa no debe extremarse al supuesto de desatender la posibilidad de ser reemplazados por construcciones modernas

³⁵ Borthagaray, Juan Manuel, “Demoler, preservar, conservar, reciclar, restaurar”. En Notas CPAU N° 6, citado, p. 17.

³⁶ En este sentido se ha dicho: “Las nuevas normas urbanísticas como atribución positiva, delimitadora, operan definiendo el contenido normal de la propiedad; y en nuestro medio, configuran una serie de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de los fondos urbanos”, concepto que ha llevado a identificar, como algunos de sus principios, “a) partimos de un concepto de la propiedad inmueble como derecho garantido por la Constitución nacional, pero sujeto a reglamentación (Arts. 17 y 28 CN). De ahí que, en principio, las limitaciones generales que impone el ordenamiento territorial no dan origen a indemnización; b) por aplicación del principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas (Art. 16 CN), podemos afirmar que los propietarios tienen derecho a un reparto equitativo de los beneficios y cargas del ordenamiento urbanístico, c) como corolario de los dos principios anteriores, cabe afirmar que cuando a un propietario se le impone una severa limitación en su derecho dominial, que tienen carácter singular y particularizado, nace para él el derecho a ser indemnizado, conforme a los postulados del art. 17 de la carta magna”. En Uslenghi, Alejandro J., “Preservación...”, *op. cit.*, p. 497, con cita a la Ley española N° 8/1990, Arts. 4º, 3º y 9º; y 88, respectivamente.

³⁷ “Basta de demoler, si, pero hay casos en que, para la ciudad, un edificio, cuando ha muerto, cualquiera sea su valor arquitectónico está mejor demolido que en pie, pues actúa sobre la ciudad como un miembro gangrenado que es mejor amputar. En estos casos, es imperativo demoler”. Borthagaray, Juan Manuel, *Demoler, preservar, conservar...*, citado.

que serán, en el futuro, el patrimonio cultural de la actualidad. Posiciones focalizadas en el pasado pueden desatender el procedimiento de renovación de las metrópolis, que también debe reconocer que la sociedad cambia, varía, evoluciona y, consecuentemente, se moderniza. Debe haber un espacio para el avance en la construcción moderna, a través de una adecuada metodología de evaluación de los valores culturales de las construcciones a catalogar, a fin de que pasado, presente y futuro converjan armónicamente³⁸.

II.6. Por su parte, la evidencia de que la depredación del patrimonio cultural e histórico no es sólo local sino también global genera mayores dificultades al momento de tratar la problemática³⁹. La globalización también hizo lo suyo, por cuanto la clásica conceptualización del patrimonio cultural como elemento que caracterizó e identificó al área en particular colisiona ahora con la progresiva homogeneización entre usos y costumbres de diversos lugares. El concepto se diluyó, y urge delinear los alcances del actual concepto de patrimonio cultural para preservar los espacios de pertenencia de cada una de las comunidades de acuerdo con la nueva realidad⁴⁰.

³⁸ En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley N° 2.548 que preventivamente impide toda alteración y/o demolición de los inmuebles construidos con anterioridad a 1941 es un ejemplo de esta situación. Dicha catalogación indiscriminada, sin atender los valores culturales que pudieran concurrir en cada uno de los bienes, ha sido observada por numerosos sectores, entre ellas el CPAU. En aquella oportunidad, remitió a la Legislatura Porteña un documento acerca del proyecto de ley en el que señaló que la iniciativa propuesta en la norma “*Congela un importante sector de la ciudad*. Siendo la ciudad un organismo vivo, donde la constante renovación es expresión de esa vitalidad, retrasarla o poner trabas (sin estudio previo que justifique y prevea afectaciones) no parece apropiado. San Telmo, antes de la Ordenanza de las APH, tendía a la degradación y destrucción. *No todo lo antiguo es valioso*. Como ya vimos, es valioso cuando significa algo. Justamente la normativa APH surge como opuesta a las medidas generales sin sustentación clara o por motivos circunstanciales. *Se afecta el dominio*. Se estaría afectando directamente a los propietarios de las unidades edilicias, sin prever compensaciones por las demoras ocasionadas. *Limita la capacidad de la protección patrimonial como herramienta del planeamiento*. Al crear una base tan amplia y desconocida, se elimina la posibilidad del uso puntual de la protección patrimonial con fines propios del desarrollo urbano. *Reafirma una visión sectorial*. En detrimento de una visión integral de la ciudad, es posible que sea, al producir concentraciones (o desconcentraciones) se vuelva un desequilibrante físico y social”. En <http://www.cpau.org>

³⁹ Ver website: World Monuments Fund (WMF), <http://www.wmf.org>.

⁴⁰ El acceso masivo a sitios y monumentos declarados culturales también conlleva un serio inconveniente a la hora de abordar la temática. En efecto, se reconoce que la destrucción del medioambiente por la sociedad –en especial por el turismo masivo, los conflictos armados y las catástrofes naturales– es la principal causa de destrucción de los sitios catalogados como Patrimonio Cultural de la Humanidad (Ver *Temas de Patrimonio Cultural. Turismo Cultural II*. Volumen 26. Cap. 4, “Apropiación Social del patrimonio. Sus vínculos con el Turismo”, 1ª ed., Publicación de la Comisión para la Preservación del Patrimonio Histórico Cultural de la Ciudad de Buenos Aires, 2009. En http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/cultura/cpphc/archivos/libros/temas_26.pdf). Por su parte, el Comité del Patrimonio de la Humanidad de la UNESCO elaboró una Lista del Patrimonio de la Humanidad en Peligro, la integración del bien obliga al Comité a desarrollar y adoptar, junto con el Estado Parte, un programa de medidas correctoras y de monitoreo del estado del sitio, encaminadas a devolverlo a la lista ordinaria con la mayor premura posible. Las Islas Galápagos en Ecuador son un claro ejemplo de este tipo de supuestos: declaradas Patrimonio de la Humanidad en 1978, integraron la lista de Patrimonio de la Humanidad en Peligro entre 2007 y 2010, y lo mismo ocurrió con el Parque Nacional Iguazú (Brasil) entre 1999 y 2001, y el Valle de Katmandú, Nepal, entre 2003 y 2007. En la actualidad, entre los sitios que integran la lista pueden mencionarse el Parque Nacional Everglades (EE. UU., desde 2010), los Monumentos Medievales de Kosovo

II.7. Como vemos, la materia cuenta con más interrogantes que certezas a la hora de su tratamiento. Mucho más conflictiva es la relación cuando se trata de un bien patrimonial con asiento en una ciudad. Y peor aún si es de relevancia, donde los intereses en juego se encuentran más acentuados a consecuencia de la mayor influencia de los sectores económicos sobre las decisiones de las autoridades de turno.

III. Las características del patrimonio cultural y sus implicancias en torno a su protección

III.1. Precedentemente señalamos que es el carácter único e irrecuperable del bien cultural lo que hace impostergable su resguardo e inalterabilidad. Las dificultades para su recuperación una vez dañado exigen que la tarea del Estado no se agote en la mera protección, sino que además lo preserve a través de la implementación de medidas preventivas destinadas a evitar potenciales daños y a mantener su estado y estructura. Esta peligrosidad latente en el estado del bien catalogado ha dado lugar a numerosas acciones cautelares tendientes a su preservación. No sólo esta imposibilidad de retrotraer los efectos dañosos fundamenta la actividad jurisdiccional sobre el bien en cuestión, sino que además es uno de los factores que ha motivado la ampliación de la legitimación activa, al habilitar a los particulares a promover las acciones judiciales tendientes a la tutela del bien en cuestión⁴¹. La justicia es consciente de ello, y ha dado lugar a numerosas medidas cautelares en el entendimiento de que un no accionar o un accionar tardío implicaría un perjuicio mayor que el acceder cautelarmente a, por ejemplo, una medida de no innovar sobre el bien en cuestión. Incluso, en un caso reciente de la Ciudad de Buenos Aires, no sólo se ha admitido el pedido de la medida cautelar de un particular en carácter de vecino de la Ciudad, sino que ha “sugerido” la maniobra de algunos que, a sabiendas de que la intervención sobre el bien es una suerte de “hecho consumado” por su inalterabilidad, avanzan al mayor ritmo posible sobre el mismo de forma tal que cuando se trate judicialmente la cuestión, la acción ya pierda todo sentido de ser⁴².

(Servia, desde 2006), la Ciudad Vieja de Jerusalén y sus Murallas (desde 1982), y Abu Mena (Egipto, desde 2001). Fuente: UNESCO – World Heritage Centre. En <http://whc.unesco.org/en/158/>. Wikipedia. En http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Patrimonio_de_la_Humanidad_en_peligro#cite_note-0.

⁴¹ Ello no obstante, como desarrollaremos infra IV, la legitimación activa en la materia se limitó en sus inicios al individuo que tuviera un derecho subjetivo o interés legítimo sobre el bien en cuestión, exigencia que fue fundamento de numerosos rechazos judiciales que tornaron abstracta cualquier medida proteccionista sobre el bien en ese momento ya alterado.

⁴² JCAyT N° 11, autos “Lubertino, Beltrán María José c/ GCBA y otros s/ amparo (Art. 14, CCABA)”, sentencia del 25 de agosto de 2011. En el caso, el magistrado señaló que “la experiencia indica que muchas veces (aún ante el acuerdo de los distintos sectores sociales y los representantes más diversos de todo el arco político) existen operadores que muy entrenados en jugar con la política del ‘hecho consumado’. No me consta que éste sea el caso, pero los despidos intempestivos, las mudanzas en la madrugada, la inusitada celeridad y la presunta confusión muchas veces son factores que impiden el dictado de una decisión eficiente y oportuna (nótese que la justicia, para actuar, necesita que su jurisdicción sea incitada y que, en ese sentido sólo puede adoptar esta decisión hoy, 25 de agosto de 2011, en las circunstancias de hecho actualmente existentes” (Considerando VI).

Este carácter intangible propio de su asimilación como recurso natural ha tenido reconocimiento jurisprudencial. Los Tribunales han entendido que “el patrimonio cultural se redefine dentro de la noción de medio ambiente que abarca no sólo los bienes naturales sino también los culturales. Los valores ambientales importan, por ende, la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos ambientales naturales y culturales (conf. Art. 2º, inc. a de la Ley N° 25.675 de ‘política ambiental’); lo cual implica que, en la materia, se deban ponderar principios específicos, entre los cuales –en la especie– adquiere especial relevancia el peligro en la demora y la necesidad de una tutela urgente [...] de no adoptarse un rápido y eficaz anticipo de jurisdicción, el daño –generalmente– es irreversible”⁴³. A mayor fundamento se ha dicho que la preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora integra el ambiente de todos los habitantes y compromete, como deber, a los órganos del Estado, incluso a los judiciales, según la tarea propia de cada uno de ellos⁴⁴. En tal sentido, toda norma en la materia debe tener como objeto primordial garantizar la conservación del bien a través de su prevención, mantenimiento, y restauración. Debe prevenir riesgos para el mismo y su entorno, mantenerlo merced a un conjunto de trabajos e intervenciones destinadas al control de la condición del bien y al resguardo de su integridad, eficacia funcional e identidad de conjunto y, dado el caso, restaurarlo, con el fin de recuperarlo de su estado de deterioro⁴⁵. Esta finalidad protectora no se limita a la implementación de acciones de no innovar o modificar el bien sino que, en aquellos supuestos donde la intervención se encuentre permitida, el nivel de injerencia autorizada dependerá de la catalogación y nivel de protección que las autoridades estatales le otorgan normativamente⁴⁶.

III.2. El hecho de que el Patrimonio Cultural testimonia la historia como pueblo, y pertenece a todos y cada uno de los miembros de una comunidad, genera un sentimiento de pertenencia y un eje de identidad de los individuos con la tradición cultural de ese grupo que conforma⁴⁷. En tal sentido se lo ha entendido como el entorno que posibilita la identificación

⁴³ Autos “Royo, Cristian Javier y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”. CCAyT, Sala II, del 30-3-2009. Cfr.: Aveldaño, Mercedes I., “Directivas sobre Derecho Urbano”, *La Ley*- Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sección Jurisprudencia Agrupada, Año 2, N° 3, junio de 2009, p. 345.

⁴⁴ Autos “Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Tudanca, Josefa Eliza Beatriz c/ GCBA s/ amparo y su acumulado, Mazzucco, Paula Virginia y otros c/ GCBA s/ amparo”, TSJ CABA, sentencia del 1º de diciembre de 2008.

⁴⁵ Soria, Daniel Fernando, *Panorama de...*, citado, p. 904.

⁴⁶ Por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, su Código de Planeamiento Urbano establece un procedimiento administrativo para solicitar tal autorización, y dependerá de la catalogación y nivel de protección que se le haya otorgado al inmueble, la posibilidad que tendrá el autorizado de modificarlo (Cap. X).

⁴⁷ La UNESCO explica los diversos valores culturales del Patrimonio Cultural. En tal sentido, el bien cultural puede caracterizarse por los: *A) Valores de identidad (basados en el reconocimiento)*: relacionados con los lazos emocionales de la sociedad hacia objetos y sitios específicos. Pueden incluir la edad, tradición, continuidad, conmemoración, o leyenda del bien, e incluso vínculos sentimentales, espirituales o religiosos. Asu vez, pueden ser valores simbólicos, patrióticos o nacionalistas. *B) Valor técnico o artístico relativo (basado en la investigación)*: se basa en evaluaciones científicas e histórico-críticas, en la determinación de la importancia del diseño

del individuo con su comunidad, cuya preservación asegura la vigencia de la memoria histórica de los pueblos, por su vinculación con la calidad de vida de la población y la concepción del derecho a la cultura como un derecho humano fundamental, y por tener presente que los pueblos perviven y progresan en torno a la identidad cultural común, pilar del ser nacional⁴⁸. De cita frecuente, lo resuelto en el precedente “Vaggione” echa luz sobre esta cuestión. El tribunal señaló en aquella oportunidad que “la memoria histórica y cultural no puede tornarse en una noción intangible y exige resguardar lo que sea asegurable, cuando es posible históricamente como en el presente caso. Los símbolos culturales de una época histórica deben ser resguardados. Dichos recursos históricos se hallan expresados en bienes o cosas cuyo valor reside justamente en ser portadores de un tiempo histórico que representa la cultura de la época”⁴⁹.

En tal entendimiento, se ha dicho: “La historia y la cultura que un pueblo va formando en su desarrollo se testimonia en forma tangible a través de sus obras de arte o literarias, construcciones y edificios, entre otras. Estos objetos van conformando la identidad de una Nación y es lo que permitirá a las generaciones futuras, al tomar contacto con esas raíces, mantener la tradición en la construcción del país que los tendrá como protagonista. De ahí que la Constitución imponga a las autoridades este deber de amparar el resultado de lo que constituyen los hitos que marcan la personalidad y el acervo cultural propio de la Argentina. El fomento de la cultura en sus variadas expresiones, la conservación de los museos y de los lugares históricos son ejemplos de lo que es la protección en esta previsión constitucional”⁵⁰.

del bien cultural, y en la relevancia de su concepción y hechura en términos técnicos, estructurales y funcionales. C) *Valores de originalidad (basado en estadísticas)*: relacionan al bien con otras construcciones del mismo tipo, estilo, constructor, período, región, o combinación de éstos. Definen la originalidad del bien, su representatividad, o singularidad. D) *Valores socioeconómicos*. Pueden subdividirse en: d.1) *Valor económico*: puede entenderse como un valor generado por el *bien cultural* o por la acción de conservación. Los valores económicos tiene cuatro posibles fuentes de ingreso: el turismo, el comercio, el uso o las atracciones en el sitio. d.2) *Valor funcional*: se relaciona con el valor económico, en tanto involucra la continuidad de la clase original de función o la iniciación de un uso compatible de un edificio o de un área. d.3) *Valor educativo*: incluye su potencial para el turismo cultural, y la concientización sobre la cultura y la historia que promueve como medio para integrar los *bienes* históricos en el presente. d.4) *Valor social*: relacionado con las actividades sociales tradicionales y con el uso compatible actual, incluye la interacción social actual con la comunidad, y juega un papel en el establecimiento de la identidad social y cultural. Los valores sociales pueden generar la preocupación por el entorno local, y ello acarrea el mantenimiento y reparación de las obras de un *bien cultural*. d.5) *Valor político*: generalmente está relacionado con eventos específicos de la historia del *bien cultural*, asociados a su vez con la región o el país. En *Manual para el manejo de los sitios culturales del Patrimonio Mundial*, de Bernard M. Fielden y Jukka Jokilehto, Iccrom, UNESCO, ICOMOS, 1993.

⁴⁸ Uslenghi, Alejandro Juan, *Aspectos Jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 493 y 494.

⁴⁹ “Vaggione, Rafael v. Superior gobierno de la provincia de Córdoba s/ amparo”, Cámara 5ª Civil y Comercial de Córdoba, sentencia del 12-8-1994.

⁵⁰ Cafferatta, Néstor A., “La defensa del patrimonio histórico-cultural. El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente”, en *JA* 2004-III-306, con cita a Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ed. Ciudad Argentina, 1994, p. 140.

Así, las variadas políticas públicas encuentran asiento en esta particularidad: la custodia y el enaltecimiento de los valores histórico-culturales que reposan sobre ese acervo patrimonial es el objeto al cual se orienta la pretendida protección.

Los Tribunales de la Ciudad de Buenos Aires también abordaron este punto, y dejaron sentado el “carácter y personalidad que Buenos Aires fue adquiriendo en el transcurso de su historia. Personalidad que se caracteriza por la diversidad de identidades, consecuencia de una ciudad que ha crecido superponiendo estratos sociales, culturales y económicos, dándole a Buenos Aires un perfil heterogéneo que la define como única e irrepetible [...]”⁵¹. Agregan, a lo expuesto, que “la defensa del patrimonio urbano tiene como [...] fundamento [...] la recuperación de la memoria colectiva configurando un espacio urbano, reconociéndose a sí mismo, y ofreciéndose a los demás como algo definido por la historia y su presente, con coherencia y continuidad [...]”⁵², lo que significó, para ellos, que “[...] el patrimonio histórico-artístico de un pueblo no es sólo la suma de restos gloriosos de épocas pasadas; constituye un símbolo de la continuidad de la civilización en un territorio y el concepto de la vida misma que tuvieron otras gentes en otras civilizaciones”.

III.3. Así las cosas, el patrimonio cultural se integra por *bienes inmuebles* (entendido como “patrimonio cultural fijo”), compuesto por edificios, viviendas de valor artístico o arqueológico, etc.; *bienes muebles* (denominado “patrimonio cultural movable”), entre los que se encuentran, por ejemplo, los libros y documentos, y los *bienes intangibles*, tales como la música, las artes escénicas y las costumbres⁵³. Dichos bienes pueden ser de dominio público (conf. Art. 2340 inc. *in fine* de nuestro Código Civil) o privado (en cuyo caso el bien será objeto de una serie de restricciones e imposiciones estatales en cabeza de su propietario, todas ellas fundamentadas en la pretensión de las autoridades públicas de salvaguardar su estado de conservación).

La multiplicidad de bienes no es taxativa: alcanza a todo objeto cultural de valor, incluidos los derechos fundamentales y el sistema de valores y tradiciones de una comunidad⁵⁴. Tal es así que si bien en un principio la Ley N° 12.665 de Monumentos Nacionales fue un primer esfuerzo concreto para proteger el patrimonio cultural argentino⁵⁵, luego se la integró y completó con el dictado de la Ley N° 25.197 que es, en el orden nacional, la norma que ofrece una conceptualización inicial de lo que se entiende por “patrimonio cultural”.

⁵¹ En Autos “Defensoría del Pueblo...”, citado. Considerando 23 del voto de la Dra. Daniele.

⁵² Ídem.

⁵³ Zendri, Liliana, *El patrimonio cultural...*, *op. cit.*

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Sancionada en el año 1940, como antecedentes normativos pueden identificarse la Ley N° 9.080 sobre yacimientos arqueológicos y paleontológicos, los Decretos Nros. 118.588/1931 y 3.390/1938, que crea la Comisión Nacional de Museos y Lugares Históricos que contempla la Ley en comentario.

En este sentido, la Ley N° 25.197 establece que está constituido por el universo de “bienes culturales”, definidos como “todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional”⁵⁶.

Los bienes que componen el patrimonio cultural argentino se identifican en el Registro Nacional de Bienes Culturales, a cargo de la Secretaría de Cultura en su carácter de Autoridad de Aplicación⁵⁷. Contiene, de cada una de las obras que lo componen, su “título, autor, fecha, técnica, material, medidas, descripción, referencias, bibliografía, procedencia, altas y bajas, estado de conservación, localización, organismo responsable, situación jurídica y valoración económica”⁵⁸, además de los datos de aquellas obras cedidas en calidad de préstamo por museos y organismos públicos nacionales. Las transmisiones de dominio de los bienes también son registradas por la Secretaría, a fin de monitorear la continuidad de su protección. Los datos son públicos, con excepción de aquellos relativos a la situación jurídica y valoración económica del bien, para lo cual se requiere autorización de la autoridad de aplicación⁵⁹. Si bien la norma no se encuentra reglamentada –a pesar de que la propia ley se encarga de encomendar al Poder Ejecutivo la reglamentación de la ley en un plazo que se encuentra por demás excedido⁶⁰–, sus términos ofrecen una primera aproximación de lo que se entiende por Patrimonio Cultural, no obstante las críticas ya instaladas acerca de la inexistencia de lineamientos de catalogación, y de la falta de actualización de la normativa aplicable, aspectos éstos sobre los cuales más adelante nos referiremos.

IV. El carácter colectivo del bien cultural y su incidencia sobre las técnicas de protección

IV.1. En lo que a la legitimación activa respecta, en un primer momento se acotó únicamente al afectado, lo que configuró numerosos rechazos en sede judicial que no hicieron más que comprometer el estado del bien intervenido en el caso. La exigencia de contar con un interés legítimo o derecho subjetivo para la habilitación de la instancia implicaba no solo que la única que podía requerir la tutela judicial era la persona directamente afectada, sino también que los medios de protección resultaban a simple vista insuficientes, ineficientes

⁵⁶ La norma también ofrece una definición de lo que se entiende por bienes culturales histórico-artísticos, al referirse a éstos como “todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico” (Art. 2°).

⁵⁷ Conf. Art. 4°, incs. 3 y 4.

⁵⁸ Conf. Art. 5°.

⁵⁹ Conf. Art. 8°.

⁶⁰ El Art. 11 establece: “La reglamentación de la presente ley deberá realizarse dentro de los 120 días de su promulgación”. La Ley se promulgó el 9 de diciembre de 1999.

y hasta inoportunos, frente a la incapacidad de respuesta a tiempo ante un agravio inminente⁶¹. Era cuestión de esperar que la demora en su tratamiento frustrara la finalidad de la acción interpuesta por el interesado: es que, al ser la acción de índole proteccionista y preventiva, el impacto que produce el daño sobre el bien resulta de difícil recuperación y hasta irreversible en muchos casos, lo que torna inoficiosa cualquier medida que se adopte luego de afectado el bien⁶².

IV.2. Con la reforma constitucional de 1994, la ampliación de la legitimación activa vino a subsanar las situaciones de desprotección que reinaban en el universo de las causas judiciales en materia medioambiental. La conceptualización del patrimonio cultural como un derecho de tercera generación, integrado dentro del derecho al ambiente sano, equilibrado, y apto para el desarrollo humano, habilitó al titular del derecho de incidencia colectiva a ejercer su tutela al amparo de las vías jurisdiccionales propias del sistema judicial de nuestro país, al tratarse de un derecho con aristas de tutela pluriindividual.

Así, la legitimación activa es reconocida a ciudadanos o vecinos, ONGs⁶³, entes públicos (tales como la Defensoría del Pueblo de la Nación o de la Ciudad de Buenos Aires) y grupos sociales. Como resultado, la sociedad civil tiene una participación cada vez más activa, ya sea a través de la protesta social, la participación institucional, y el ejercicio del control judicial activo⁶⁴. El hecho de que el patrimonio cultural haya dejado de ser materia reservada para unos pocos, y captado el interés de muchos sectores que antes desatendían el tema, hizo que los debates y discusiones tengan cada vez mayor repercusión social, a punto tal de instalarse como punto obligado a tratar en toda agenda, ya sea de gestión pública o privada.

⁶¹ Como ha entendido la jurisprudencia, “la asignación del destino de cada metro cuadrado de la Ciudad, teniendo en cuenta sus características y previendo su desarrollo futuro, debiendo mantener siempre un delicado equilibrio entre la tensión generada por intereses diversos, en aras del bienestar general y de crear las condiciones para un hábitat adecuado”, señalando que “al tratarse de una materia tan sensible para la calidad de vida de las grandes urbes como lo es la del ordenamiento y planeamiento urbano –que mereció por parte del constituyente de un régimen legislativo especial rodeado de múltiples garantías de participación ciudadana–, la Administración debe extremar el celo en el cumplimiento de las normas respectivas vigentes y evitar la consumación de situaciones de hecho, que en la mayoría de los casos, resultan de muy difícil reversibilidad”. En Autos “Asociación Civil Amigos de la Estación Coghlan c/ GCBA s/ medida cautelar”, CCAyT, Sala II. Sentencia del 18-8-2005, considerando 7º. El resaltado nos pertenece.

⁶² El caso “Quesada, Ricardo s/ Amparo” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, sentencia del 22 de agosto de 1980) es de cita frecuente dentro de la doctrina al momento de estudiar este álgido punto. Se trató de un amparo promovido por un vecino de la Ciudad de Buenos Aires, en contra de la tala de árboles en Grand Bourg, desestimado por falta de legitimación. (Conf. Soria, Daniel Fernando, *Panorama...*; Uslenghi, Juan A., *Aspectos jurídicos...*, cit., entre otros).

⁶³ A modo de ejemplo pueden mencionarse las websites de “Basta de Demoler”, <http://www.bastadedemoler.org>, y de “Fundación Patrimonio Histórico”, <http://www.patrimoniohistorico.org.ar>.

⁶⁴ Damsky, Isaac Augusto (h), *La protección del patrimonio cultural de Buenos Aires...*, op. cit.

En este sentido, la jurisprudencia ha dejado sentado que “en la medida en que se reconocen bienes colectivos, hay también un daño de esa categoría derivada de la afectación de ese bien. La titularidad de la pretensión resarcitoria no es individual, porque el bien afectado no lo es; es grupal [...] la afectación de la memoria colectiva [...] surge, en este caso, por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva”⁶⁵.

Se ha dicho, además, que “los derechos involucrados en autos exceden el interés de las partes y, al mismo tiempo, ponen en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido aquel como el de la sociedad en su conjunto [...] el marco legal descripto brinda un claro sustento a la apertura de la administración de justicia hacia instituciones, grupos o aun personas aisladas que soliciten protección para bienes, que, aun cuando su goce no esté individualizado, conforman el patrimonio colectivo. En efecto, de las normas aplicables se destaca que la colaboración de los particulares justifica una amplia legitimación para exigir [...] el cumplimiento de lo previsto en el Código de Planeamiento [...]”⁶⁶.

IV.3. La incorporación del amparo colectivo en la actual redacción del Artículo 43 de la Constitución Nacional sirve, junto con el Artículo 41 del mismo cuerpo y los Artículos 30 y 32 de la Ley N° 25.675, como base para conferir la legitimación al interesado en instar la acción judicial. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el Artículo 14 de su Constitución habilita ampliamente a interponer la acción de amparo cuyo objeto sea defender su patrimonio histórico y cultural. Lo mismo ocurre en la Provincia de Buenos Aires con los Artículos 15, 20 y 166 de su Constitución local. Finalmente, y en su conceptualización como interés difuso, diversas leyes provinciales prevén acciones judiciales expeditas en la materia. Tal es el caso, entre otras, de la Ley N° 10.000 en Santa Fe, la Ley N° 6.006 de San Juan, y las Nros. 2.779 y 4.572, de Río Negro y Chubut, respectivamente⁶⁷.

IV.4. No obstante el importante avance que en materia de legitimación, participación y protección se encuentra en la materia, hay algunos aspectos aún por dilucidar. La dinámica social contrastada con las inconsistencias en el tema, ha dado lugar a interrogantes en torno al rol que los distintos órganos estatales están encomendados a ejercer. La dispar normativa reglamentaria, los lineamientos a seguir por los tribunales en las situaciones llevadas a su resolución, los parámetros de protección y la interdisciplinariedad que caracteriza la materia, son sólo algunos de los interrogantes aún por dilucidar.

⁶⁵ Autos “Defensoría del Pueblo...”. Citado. Considerando 20° del voto de la Dra. Daniele.

⁶⁶ “Ibarra, Aníbal y Otros c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14, CCBA)”. CCAyT, Sala II, sentencia del 31-3-2009. Considerando XI.

⁶⁷ Soria, Daniel Fernando, *Panorama...*, op. cit., pp. 915 y 916.

V. La clasificación de los bienes culturales. La Ley N° 12.665 y el procedimiento de catalogación

V.1. Los bienes culturales se encuentran clasificados conforme los criterios de la Ley N° 12.665 y de las Disposiciones N° 5 y N° 6 de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos. Se clasifican en: a) monumentos históricos⁶⁸; b) lugares históricos⁶⁹; c) bien de interés histórico⁷⁰, y d) bien de interés histórico artístico⁷¹.

El grado de protección del monumento histórico se define según el valor, el estado y las modificaciones que se les puede realizar al mismo. Este puede ser a) integral o b) parcial. La protección es *integral* cuando, por principio, debe ser conservado en todas sus partes y características, tanto exteriores como interiores, incluido su entorno. Es *parcial*, en cambio, cuando solamente se conservan partes de la estructura original del bien, o se lo ha modificado para nuevos usos. En este último supuesto deben diferenciarse las partes, componentes y objetos que no pueden ser alterados, de aquellas que permiten cambios en relación a nuevos usos o adaptaciones.

La ley establece, en su Artículo 2º, que los bienes históricos y artísticos, lugares, monumentos, inmuebles propiedad de la Nación, de las provincias, de las municipalidades o instituciones públicas, quedan sometidos a la custodia y conservación del gobierno federal (a través de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos) y, dado el caso, en concurrencia con las autoridades locales.

V.2. En lo que al procedimiento de catalogación respecta⁷², la norma establece que la iniciativa debe presentarse en el Congreso de la Nación. Previo al dictado de la ley, consultará a la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos⁷³ sobre la pertinencia o no de tal catalogación. Recibida la consulta, la Comisión evaluará los valores históricos, artísticos, arquitectónicos o arqueológicos del monumento o lugar propuesto, para lo cual designará a expertos que contarán con un plazo máximo de sesenta (60) días para expedirse respecto de los mismos. Su opinión debe formularse por escrito y ser refrendada por las autoridades de la Comisión Nacional, y remitida a la Comisión parlamentaria que solicitó su opinión. Dicha consulta—establece la norma—no es vinculante para la resolución de la catalogación propuesta al Congreso.

⁶⁸ A su vez los monumentos históricos se subclasifican en: monumentos históricos nacionales, monumentos históricos artísticos nacionales, y monumentos históricos y artísticos nacionales.

⁶⁹ Los lugares históricos, en sitios históricos, solares históricos, sitios arqueológicos, y pueblos históricos.

⁷⁰ Los bienes de interés histórico se subdividen en: sepulcro histórico, árbol histórico, pueblo, barrio o centro histórico, paisaje urbano y natural, y edificio y actividad.

⁷¹ El bien de interés histórico artístico se conforma por bienes inmuebles, y bienes muebles (reconocidos como monumentos históricos).

⁷² La Ley N° 24.252, modifica la Ley N° 12.665, incorporando los Arts. 3º bis y 4º bis, en referencia al procedimiento de catalogación de un inmueble como lugar histórico, monumento histórico o monumento histórico artístico.

⁷³ De acuerdo con la Ley N° 12.665, la Comisión tiene la superintendencia inmediata sobre los museos, monumentos y lugares históricos nacionales. Su competencia es concurrente con las respectivas autoridades locales, cuando se trata de museos, monumentos y lugares históricos provinciales o municipales.

V.3. En cuanto a los efectos de la declaración, una vez catalogado como inmueble histórico, el bien no podrá ser sometido a reparaciones o restauraciones, ni destruido ya sea en todo o en parte. Tampoco podrá ser transferido, gravado o enajenado, sin previa aprobación o intervención de la Comisión Nacional⁷⁴.

A propuesta de esta Comisión, el Poder Ejecutivo puede declarar de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares considerados de interés histórico o histórico-artístico para su expropiación, y hasta acordar con su propietario su preservación para asegurar los valores que motivaron su catalogación por ley. En el supuesto de que la conservación del lugar o monumento implique una limitación al dominio, la norma establece que el Poder Ejecutivo indemnizará al propietario.

Respecto de los bienes muebles o documentos históricos, ninguno de ellos podrá salir del país, ni ser vendido ni gravado sin dar intervención a la Comisión Nacional, que se encargará de gestionar su adquisición cuando sea de propiedad de particulares y la considere conveniente por razones de interés público⁷⁵.

Finalmente, si los inmuebles históricos son propiedad de las provincias, municipalidades o instituciones públicas, la Comisión Nacional cooperará con sus gastos de conservación, reparación o restauración.

V.4. Las categorías de protección de los inmuebles catalogados y los grados de intervención: las categorías de protección del patrimonio cultural se encuentran establecidas en la Disposición N° 16/2007 de la Comisión Nacional referida precedentemente. Los bienes se encuadran de acuerdo a sus características de las obras y el valor que representan para el patrimonio cultural argentino⁷⁶.

⁷⁴ Art. 5°, Ley N° 12.665. Su Art. 6° establece, además, que si el inmueble está comprendido en la lista y clasificación oficial de la Comisión Nacional, estará libre de toda carga impositiva,

⁷⁵ Art. 5°.

⁷⁶ Fuente: Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos. [Http://www.monumentosysitios.gov.ar](http://www.monumentosysitios.gov.ar). Conf. Anexo I aprobado por Disp. CNNNyLH N° 16/2007. Las categorías guardan correspondencia con las características del edificio catalogado, las que consisten en: *Categoría A*: son las obras arquitectónicas que, por sus cualidades intrínsecas, constituyen ejemplos sobresalientes en relación con la memoria histórica y su identidad y que en mérito a su estilo, época e inserción en el medio, son testimonios relevantes o casos únicos en su especie o su tipología. *Categoría B*: son las obras arquitectónicas que por sus cualidades intrínsecas, o su calidad de diseño, su tipología, lenguaje e inserción en el medio son ejemplos importantes con relación a la memoria histórica. También comprende obras menores de “importantes realizadores”. *Categoría C*: obras arquitectónicas que, sin poseer cualidades intrínsecas relevantes, componen conjuntos o áreas morfológicas o de singular calidad ambiental. Comprende también a aquellos que conservan algunos elementos que permiten una lectura de la obra original. *Categoría D*: comprende edificios que, debido a intervenciones inadecuadas o por falta de conservación, han perdido sus características originales en manera significativa, pero que, debido a su ubicación en el área urbana, y a través de acciones adecuadas de recuperación, pueden llegar a constituir aportes importantes a la recuperación de la memoria y la consolidación de la riqueza ambiental e histórica del entorno.

Las intervenciones sobre los bienes –realizadas con la supervisión de expertos y con previa aprobación de la Comisión– varían de acuerdo con el nivel de protección: el *Grado de Protección 1* implica la protección de los edificios en su totalidad, preservando sus características arquitectónicas, su equipamiento y patrimonio mueble, sus exteriores, su forma y cuantía de ocupación del espacio, que permitan identificarlo como elemento integrante del patrimonio arquitectónico y monumental. Las únicas intervenciones que se admiten son aquellas que no afecten las cualidades intrínsecas de las obras. En el supuesto del *Grado de Protección 2*, los edificios deben ser conservados sin alterar sus partes o características esenciales. Podrán admitirse modificaciones parciales, siempre que no alteren aspectos valiosos de las obras. El *Grado de Protección 3* comprende obras cuyo valor arquitectónico y ambiental reside en la conformación de sus fachadas (altura, proporción de vanos, texturas, retiros, etc.) o en otros componentes que se pretenda conservar. Se prioriza la conservación y/o recuperación del aspecto exterior edilicio que confiere a la obra valor patrimonial dentro del paisaje urbano. Finalmente, el *Grado de Protección 4* comprende una variedad de obras que constituyen elementos discordantes dentro de áreas homogéneas, conservando en forma parcial algunos de los rasgos que las caracterizaban (línea municipal, alturas, etc.). Las acciones de protección se orientan a recuperar el bien patrimonial con un lenguaje acorde a las características arquitectónicas del entorno, preservando los elementos que definen su forma de articulación con el espacio exterior. Se admite la inclusión de diseños contemporáneos como aporte genuino de la época, siempre que no afecten las expresiones existentes.

V.5. En lo que se refiere al sistema de penalidades, la Ley N° 12.665 contempla un procedimiento sancionatorio a través de la imposición de penalidades a quienes la infrinjan. En tal sentido, multa el ocultamiento, la destrucción, las transferencias ilegales o la exportación de documentos históricos, a menos que la conducta se encuadre dentro de los supuestos del Artículo 184, inciso 5°, del Código Penal argentino. La inconsistencia y falta de reglamentación del procedimiento sancionatorio tampoco es ajena a la materia, por lo que no es extraño que remarquemos que este Código también establece sanciones para los mismos supuestos. Su Artículo 183 establece que “será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno [...]”, con el agravante de su Artículo 184, inc. 5°, al establecer que será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si el daño recae sobre “archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos”. Numerosas críticas han surgido de esta diversificación y heterogeneidad normativa, que tiene un tinte agravado por la materia sancionatoria propia del procedimiento penal y los principios y las garantías de debido proceso, conducción del proceso acusatorio, y determinación de la pena⁷⁷.

⁷⁷ Ver Soria, Daniel F., *Panorama...*, op. cit., p. 913.

VI. La diagramación de las ciudades. El planeamiento urbano y su impacto sobre el patrimonio cultural

VI.1. Con fundamento en el ya mencionado Artículo 41 de la CN, muchas provincias optaron por establecer un marco normativo referido al planeamiento urbano de sus ciudades, contemplando el patrimonio cultural comprometido al momento de determinar tal diagramación. Importantes ciudades como las de Buenos Aires⁷⁸, La Plata y Rosario cuentan con su propio Código de Planeamiento Urbano (CPU), que contienen diversas directivas para las urbes, cada vez más pobladas y crecientes, en un intento por cuidar la compatibilidad con los bienes culturales de esa ciudad. Dicha protección y promoción se fundamenta, predominantemente, en la identidad y sentido de pertenencia de la comunidad que la habita, y la necesidad de la ciudad de caracterizarse como única, y poseedora de bienes culturales que la diferencian de las demás y la fundamentan como singular.

Así, el ordenamiento urbanístico contiene diversas limitaciones para la protección y preservación de los bienes de interés público. Las medidas varían desde el registro de los bienes culturales dentro de inventarios y catálogos, el control de la transferencia del dominio de los mismos una vez registrados (como ocurre en aquellos contemplados en el Registro Nacional de Bienes Culturales), la zonificación de las áreas de protección histórica y la restricción a la construcción en aquellas zonas (tal como sucede en la Ciudad de Buenos Aires a partir del dictado de su CPU), y las diversas categorías de protección de los inmuebles cuya normativa limita la intervención sobre el bien catalogado, etcétera⁷⁹.

En lo que respecta a la conservación del bien protegido y catalogado como cultural, el mantenimiento recae sobre el propietario del mismo. No obstante, en muchos supuestos, a fin de aliviar la carga sobre el particular, las autoridades estatales establecen una exención impositiva de modo de compensar los costos de la preservación del bien⁸⁰, o suscriben

⁷⁸ El Capítulo 10.4. del CPU de la Ciudad de Buenos Aires corresponde a: “edificios de carácter singular y tipológico, que por su valor histórico o simbólico caracterizan su entorno o califican un espacio urbano o son testimonio de la memoria de la comunidad. Protege el exterior de edificio, su tipología, sus elementos básicos que definen su forma de articulación o ocupación del espacio, permitiendo modificaciones que no alteren su volumen” (Art. 4.1.1.2). Por otra parte, a la técnica de protección zonal también contemplada en el Capítulo 10.4 del CPU, y que persigue la preservación del conjunto, zona urbana o centro histórico, se distingue bajo el régimen de “Distrito Área de Protección Histórica” caracterizado por “áreas, espacios o conjuntos urbanos que por sus valores históricos, arquitectónicos, singulares o ambientales constituyen ámbitos claramente identificables como referentes de nuestra cultura” (cfr. Art. 5.1.1.).

⁷⁹ A modo de ejemplo, el Art. 10.1.2 del CPU de la Ciudad de Buenos Aires determina la elaboración del catálogo de inmuebles para su aprobación por Ley. La protección contemplada alcanza a aquellas zonas o lugares declarados Monumento Histórico Nacional o Área de Protección Histórica, y su Art. 10.1.6. impone las técnicas de preservación a inmuebles catalogados y prescribe los niveles de protección edilicia, los instrumentos de gestión y los incentivos para alcanzar los fines tutelares.

⁸⁰ Tal como ocurre, por ejemplo, con la Ley N° 12.665 (Art. 6°) y Decreto N° 9.830/1951, la Ley N° 23.514, y el Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 229, inc. 2°).

convenios de conservación⁸¹. En principio, tal catalogación no da lugar a indemnización, salvo que tal carga pueda llegar a significar –para el propietario– una virtual inutilización del bien⁸², supuesto que ha dado lugar a numerosas controversias, muchas de las cuales fueron llevadas a tratamiento por parte de los Tribunales especializados⁸³.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, su Código de Planeamiento Urbano dedica, para estos casos, un capítulo entero que regula las Áreas de Patrimonio Cultural de la Ciudad, con los diversos niveles de Catalogación, de acuerdo a los valores que detente el bien particular. Su Artículo 10.3.2. introduce los Criterios de Valoración para toda catalogación en los siguientes términos: “[...] la catalogación se realizará en base a los siguientes criterios de valoración: *Valor Urbanístico*: refiere a las cualidades que posee un edificio que define o califica la trama, el paisaje urbano o el espacio público. *Valor Arquitectónico*: refiere a los elementos poseedores de calidades de estilo, composición, materiales, coherencia tipológica y otra particularidad relevante. *Valor Histórico-Cultural*: refiere a aquellos elementos testimoniales de una organización social o forma de vida que configuran la memoria histórica colectiva y un uso social actual. *Valor Singular*: refiere a las características irreproducibles o de calidad en cuanto a los aspectos técnicos-constructivos o el diseño del edificio o sitio.

⁸¹ Conf. Ley Nº 12.665, CPU de la Ciudad de Buenos Aires, Ley Nº 6.914 de la Provincia de Mendoza, entre otros.

⁸² Conf. Art. 3º, Ley Nº 12.665, Art. 10.1.6. del CPU de la CABA, y la Ordenanza Nº 9231/2000 de Ordenación Territorial y Uso del Suelo de la Ciudad de La Plata (Provincia de Buenos Aires).

⁸³ En el caso “Zorrilla Susana y otros c/ EN –PEN s/ Expropiación-Servidumbre Administrativa” (CNCAF, Sala V, 4-11-2009, causa nº 37.999/2000), se discutió la procedencia de la indemnización por expropiación inversa reclamada a razón de la restricción de la declaración del edificio que ocupa la casa Mansilla, como monumento histórico-artístico nacional, en los términos de la Ley Nº 12.665, la que resultó en los hechos la indisponibilidad del bien deviniera por la dificultad de su utilización en sus condiciones normales. Así, lejos de significar un reconocimiento y beneficio material concreto para el sostenimiento del bien, en el caso la declaración importó la restricción de afectación, modificación o alteración del estado del inmueble sin compromiso público ni contraprestación alguna, siendo sólo merecedor de la exención del pago de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza, ello a pesar de que el propio régimen de monumentos nacionales le establece concretas obligaciones al Estado. Este cuadro quedó al descubierto en los señalamientos del Dr. Gallegos Fedriani en sus considerandos noveno y décimo: “Que pretender por parte del Estado Nacional que los propietarios se hagan cargo y sean responsables de un edificio prácticamente insalvable desde el punto de vista arquitectónico entendiendo que es compensación suficiente el hecho de que no paguen impuestos resulta más que un principio de derecho una falta de respeto al derecho de propiedad. Resulta evidente que nada puede pretender (el Estado) respecto a los gastos que le ha ocasionado el mantenimiento y custodia del edificio; ordenado en este expediente judicial, sobre todo cuando –como surge de la sentencia de la sra. Juez– ha sido ineficiente y a todas luces contrario al mantenimiento de un monumento histórico arquitectónico y cultural (piénsese sólo en el reemplazo de la puerta de entrada de la casa que ha sido sustraída y reemplazada por una chapa galvanizada). Que nadie desconoce los derechos del Estado en aras del bien público de limitar los derechos de los habitantes incluido el de propiedad. Más, cuando tal derecho no es limitado sino prácticamente desconocido, nace por parte del Estado –aún cuando actúe legítimamente– el deber de indemnizar (Art. 16 de la Constitución Nacional)”. La sentencia refleja la desprotección en la que frecuentemente se encuentran los bienes culturales y la desaprensión con la que el poder público asiste solo de manera declamatoria, limitándose a catalogar bienes y afectándolos a regímenes especiales para luego incumplirlo (Gallegos Fedriani, Pablo, “El derecho ambiental en el ámbito urbanístico”, *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010).

Los criterios de valoración anteriormente expuestos deben considerarse en función de los propios elementos a proteger, del análisis del contexto urbano, y de los objetivos de planeamiento para el área”.

La propia norma fulmina de nulidad toda catalogación que no se encuentre motivada en una fundamentación y evaluación adecuada y suficiente de cada uno de los valores de catalogación establecidos en su texto. Su Artículo 10.3.4.e) señala que “toda la actividad en materia de catalogación deberá fundarse en los criterios establecidos en el Artículo 10.3.2. *sin cuyo requisito carecerá de razonabilidad*”⁸⁴. En tal inteligencia, es el propio texto legal el que establece su nulidad por falta de ponderación de los valores exigidos para su catalogación. No solo muchas de las catalogaciones no se encuentran declaradas de acuerdo a los lineamientos normativos para ello, sino que tampoco tal advertencia se subsana en el futuro. Esta improvisada forma de actuar no sólo deriva en la pérdida del valor del bien (e incluso hasta la pérdida del bien en sí), sino que puede traducirse en una pérdida económica y una carga para su propietario, al encontrarse de pronto con un bien que no puede modificar, pero que a su vez tiene la obligación de conservar en un avanzado estado de deterioro que tampoco refleja el valor patrimonial que antes tenía. No puede utilizar el bien por la limitación impuesta, pero la valoración que motivó tal catalogación desaparece al no existir ya un elemento cultural por proteger.

VII. A colación de lo apuntado. La problemática de la diversidad de normas y la multiplicidad de organismos actuantes. La necesidad de una mejora normativo institucional

VIII.1. No obstante las ya relevadas directivas constitucionales e internacionales ya vistas que regulan el patrimonio cultural en nuestro país, el análisis de la legislación local no hace más que enfrentarnos con una multiplicidad de normas que dificultan alcanzar una real efectividad en cuanto a su protección. Es simple advertir que el patrimonio cultural es, por lo menos, objeto de:

- i) una multiplicidad de normas jurídico-administrativas y urbanísticas de diverso origen, objeto y finalidad;
- ii) una multiplicidad de normas ambientales, muchas de las cuales o bien se superponen con las del primer grupo, o bien contradicen alguna de sus reglas;
- iii) un conglomerado de organismos que actúan de manera desconectada entre sí, en tanto no sólo distan de conformar un sistema sino que tampoco se integran como un subsistema administrativo, donde las normas tengan puntos en común;
- iv) desvinculación y, en algunos casos, contradicción, entre la legislación y las específicas reglas constitucionales aplicables, y la subsecuente desvinculación entre el plexo normativo y el orden público supranacional de los derechos humanos;
- v) la consecuente imposibilidad del plexo normativo y de las autoridades administrativas para dar respuesta en tiempo oportuno y de forma apropiada al complejo cuadro que aqueja a la materia.

⁸⁴ El resaltado nos pertenece.

Existen diversos subsistemas normativos y regulaciones que, frente a igual situación, ofrecen respuestas distintas y hasta incompatibles entre sí. Cada uno de los institutos regulados normativamente crea sus propios organismos de aplicación que, para peor escenario, actúan incluso en jurisdicciones superpuestas. Y es aquí donde el Estado aparece luego de que el problema tuvo lugar. No existe un Estado previsor y protector del interés público. Tampoco se cuenta con una gestión con miras a futuro, sino con una política pública que tiende sólo a satisfacer necesidades del presente o que, en su defecto, apunte a que el daño no se reitere, una vez acontecido.

VII.2. El interés público comprometido en la materia no varía por jurisdicción ni por pertenencia al orden nacional o internacional: la protección de los derechos en juego es la misma en todas partes y, en consecuencia, también lo es la obligación en cabeza del Estado, ya sea que se trate de una autoridad nacional, provincial o municipal.

En relación a este punto, los inconvenientes y conflictos derivados de esta inflación normativa, el aislamiento reglamentario, la desconexión de sus regulaciones, y el carácter inaprehensible de su producción es una realidad imposible de eludir. La asistematicidad normativa y la ya referida yuxtaposición de autoridades de aplicación es una problemática propia de la misma capacidad regulativa del derecho, debido a la elevada complejidad de las sociedades modernas y la consecuente imposibilidad de las autoridades estatales de responder a las nuevas realidades.

Es así que las normas urbanísticas se encuentran arrumbadas en un interminable catálogo preservacionista. En unas se evidencia la premura por concretar con urgencia las mandas de un principio precautorio en tiempos que no esperan al control social en pos del desarrollo de los derechos sociales y culturales⁸⁵. En otras, se refleja la hiperjudicialización, acaso sintomática de la tesis que aqueja a nuestra representación democrática⁸⁶. En ellas se abren espacios para la discusión de cuál es la razón de ser de nuestro fenómeno cultural, que dé marco a la identidad de nuestra memoria colectiva⁸⁷.

VII.3. La maraña de instituciones actuantes no sólo es resultado de jurisdicciones yuxtapuestas, sino también de misiones y funciones en común. Esto evidencia no solo el entramado interjurisdiccional de instituciones constitucionales, normativas y reglamentarias vigentes que genera tanto el desaprovechamiento e ineficacia de la utilización de los recursos públicos, sino además la ausencia o insuficiencia de los controles en cabeza de las autoridades estatales.

⁸⁵ Daniele, Mabel, “Exigibilidad jurisdiccional de los llamados ‘derechos sociales’ en la jurisprudencia argentina”. En materia de PIDESEC, ampliar en: Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, Rev. IIDH, Vol. 40, 2004, pp. 26-86.

⁸⁶ Bianchi, Alberto, *Declinación y caída del control judicial de la Administración pública*.

⁸⁷ Hernández Arregui, Juan José, *¿Qué es el ser nacional? La conciencia histórica iberoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Continente, 2005, pp. 20, 21 y 125 y respecto de la reflexión contenida en la p. 125, Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 28.

La coordinación intermunicipal puede ser uno de los elementos asociativos fundamentales que fomenten la coordinación entre sus competencias y la participación regional en la implementación, ejecución y fiscalización de la intervención de la autoridad pública sobre la materia. El esquema institucional debería incluir a las autoridades municipales a partir de vínculos interjurisdiccionales, intercambio de datos e información en la materia, asesoramiento y capacitación técnica, bancos de datos, y proyectos de trabajo en conjunto⁸⁸.

En la misma línea argumental, y no obstante tal disparidad de intereses y proyectos que responde al sistema federal que caracteriza al Estado argentino (conf. Arts. 1, 5, 31, 121 y siges., CN), esta articulación de políticas públicas tiende a ser la línea rectora por seguir⁸⁹.

VIII. Conclusiones

VIII.1. La protección del patrimonio cultural en Argentina enfrenta serias deficiencias que ponen en peligro el valor histórico y de identificación social que le es propio. En un intento por salvaguardar los bienes que lo conforman, la actual redacción del Artículo 41 de nuestra CN establece expresamente el deber del Estado de preservar el patrimonio natural y cultural, y pone en cabeza del Congreso Nacional la tarea del dictado de las leyes que propendan a alcanzar tal finalidad, a través de la fijación de presupuestos mínimos de protección.

No obstante ello, y muy a nuestro pesar, la preservación del patrimonio cultural y la protección de la identidad no se ha adecuado aún a la realidad actual. Se necesita un marco normativo que contemple esta nueva situación, que atienda a la protección del patrimonio cultural en sentido amplio, y además contemple las recomendaciones de los organismos internacionales especialistas en la materia⁹⁰.

Asimismo, la inseguridad jurídica que caracteriza al resto de los regímenes jurídicos en América Latina no le es ajena al Patrimonio Cultural argentino. La inexistencia de una legislación específica que lo proteja y preserve, y que contemple un régimen sancionatorio mayor que evite la fuga ilícita de piezas culturales latinoamericanas, también es imperante a la hora de elaborar un marco legislativo adecuado para tal meta. En el caso argentino, a pesar del intento constitucional y normativo, no se ha logrado aún la protección adecuada exigida y que se ajuste a la establecida por el Artículo 41 de la CN y los estándares internacionales; no obstante, como hemos aclarado, la Ley N° 25.197 es un comienzo. Es que, como se ha dicho, el Registro Único de Bienes Culturales y las categorías que conforman

⁸⁸ Conf. Marchiaro, Enrique J., *Derecho Municipal. Nuevas Relaciones Municipales*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000; y Botassi, Carlos Alfredo, *Derecho Administrativo Ambiental*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1997, p. 57.

⁸⁹ Soria, Daniel Fernando, *Panorama...*, op. cit., p. 905.

⁹⁰ A modo de ejemplo, podría considerarse que a la correspondiente evaluación de impacto ambiental se la integre con la abstención de implementar medidas que puedan impactar sobre los bienes considerados patrimonio cultural.

el Patrimonio Cultural argentino hacen más a una política cultural que a una protección y preservación propiamente dicha⁹¹. Y este es un aspecto que urge considerar por cuanto, de descuidar tal observación, el esfuerzo legislativo podría resultar infructuoso.

El hecho de que la protección del patrimonio cultural encuentre su pilar en el poder de policía estatal –lo que por cierto es el aspecto que permite al Estado imponer limitaciones con miras al interés común– clama por un refuerzo (y por qué no decir también *esfuerzo*) institucional en pos de la defensa de los valores culturales, en cumplimiento del deber del Estado de llevar adelante una política cultural que preserve y conserve el patrimonio cultural, y ponga en valor los bienes culturales catalogados.

La actuación coordinada e interjurisdiccional por medio de los organismos con incidencia en el área de estudio es otro de los puntos a evaluar, por el mejor y mayor aprovechamiento de los recursos públicos resultante de un reordenamiento institucional desde una propuesta de diseño de gestión y operación.

De la misma forma, la interdisciplinariedad de la materia también es un aspecto a considerar. El estudio complementario entre las diferentes ramas es un punto por cierto favorecedor en el marco de una acción consensuada entre las diferentes disciplinas que permita el abordaje desde un concepto integral del patrimonio cultural. Al aparecer como un fenómeno esencialmente regulatorio del crecimiento urbano, el urbanismo, a más de requerir un análisis interdisciplinario, impone ciertos métodos de actuación de las organizaciones políticas (Estado nacional, provincias y municipios) que se inscriben en el campo del derecho público⁹².

Definir el parámetro a tener en cuenta para establecer la protección cultural del bien, y su grado de intervención de acuerdo al valor patrimonial que el mismo detenta, es fundamental en la materia. Ya hemos dicho que la actividad judicial se ha ido ampliando cada vez más a raíz de las deficiencias legislativo-institucionales en la materia. Incluso, hasta fue reconocido por los propios tribunales al abordar su tratamiento⁹³. En tal sentido, ¿hasta dónde llega la intervención judicial en ausencia de una declaración formal que reconozca al bien como cultural? ¿Cuál es el límite del rol legislativo del Poder Judicial, cuando se contraponen los criterios de preservación definidos por las autoridades administrativas? Es cierto que el ordenamiento jurídico atiende, tanto horizontal como verticalmente, a materias e instituciones diversas. Y en ello no sólo coinciden los operadores jurídicos sino además profesionales de ramas tales como arquitectura, ingeniería, sociología y ciencias políticas⁹⁴. En tal entendimiento, ¿cuál sería la metodología a implementar para establecer tal determinación?

⁹¹ Zendri, Liliana, *El patrimonio cultural...*, *op. cit.*

⁹² Uslenghi, Alejandro J., *Preservación...*, *op. cit.*, p. 496.

⁹³ JCAyT N° 11, autos “Lubertino, Beltrán...”, citado. Entre otros.

⁹⁴ Ver Soria, Daniel F., *Panorama...*, *op. cit.*, p. 916; Notas CPAUN° 6, citado; Pulvirenti, Orlando D., “Cafetín de Buenos Aires”, en *La Ley Suplemento de Derecho Administrativo* del 23 de septiembre de 2011, p. 17; entre otros.

La heterogeneidad normativa tampoco ayuda: es difícil estructurar una comunidad de principios y técnicas de protección a partir de tanta diversidad. Instrumentos como los incentivos fiscales, convenios de colaboración, e incluso la protección penal del patrimonio cultural no están lo suficientemente desarrollados para que en su conjunto puedan alcanzar la intentada protección⁹⁵. El escaso desarrollo normativo, la falta de articulación entre los organismos actuantes en la materia, y la falta de practicidad en la metodología de promoción del patrimonio tampoco alientan la protección del bien catalogado como patrimonial.

Finalmente, compatibilizar el crecimiento ordenado de los núcleos urbanos, con una revaloración simultánea de los edificios y centros históricos de las ciudades con un criterio funcional y de jerarquización cultural y económica⁹⁶ también es fundamental.

Este es nuestro intento por ofrecer un abordaje interdisciplinario de los numerosos aspectos que caracterizan al patrimonio cultural argentino. Como vimos, la temática pareciera tener más complicaciones que certezas. No obstante, el enfoque ofrecido por los diferentes operadores en la materia es el fiel reflejo de que la temática no está en el olvido. Muy por el contrario, es un punto cada vez más presente en la sociedad moderna, y que se hace lugar en cada vez mayores aspectos de la vida cotidiana.

Está en nosotros comenzar a darle el abordaje que se merece, de manera tal que el patrimonio cultural e histórico argentino siga siendo nuestro elemento de pertenencia e identificación con la comunidad, en el marco de una adecuada sustentabilidad del medio ambiente en el que nos desarrollamos, atendiendo el avance, el desarrollo, y las nuevas necesidades de la sociedad moderna.

⁹⁵ Soria, Daniel F., *Panorama...*, *op. cit.*

⁹⁶ Declaración de Ámsterdam. Congreso sobre el Patrimonio Arquitectónico Europeo. Ámsterdam, 1975.

LA PROTECCIÓN CAUTELAR DEL DERECHO A LA SALUD EN ARGENTINA. SU CONSTRUCCIÓN A PARTIR DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS*

“La investigación de las enfermedades ha avanzado tanto que cada vez es más difícil encontrar a alguien que esté completamente sano”.
(Aldous Huxley)

I. Introducción

En mi opinión, la pregunta por el grado de desarrollo de la protección cautelar del derecho a la salud en la Argentina de principios del siglo XXI, requiere de la previa consideración del proceso de construcción de la nueva jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico argentino, el cual –reconociendo su hito fundamental en la reforma constitucional de 1994– se caracteriza por el progresivo desarrollo de una fuerza expansiva del orden público supranacional sobre los ordenamientos internos, y encuentra en los fenómenos de internacionalización de los ordenamientos y universalización de los derechos, dos de sus pilares fundamentales.

De la misma manera, consecuentemente recaba de la previa comprensión de los términos a partir de los cuales se construyó jurisprudencialmente la protección del derecho fundamental a la salud en Argentina, junto con las categorías y nociones técnicas específicas a partir de las cuales se encaró la vertebración del sistema que aquí nos ocupa.

Desde este contexto fenomenológico, pensar, entonces, esta nueva jerarquía de fuentes, conducirá a la pregunta por la crisis y transformación de la noción tradicional de Estado, las causas endógenas y exógenas a las que ésta responde, y el consecuente análisis de un

* Al Dr. Jesús Damsky Barbosa, por su empeño en salvar vidas.

nuevo modelo de Estado o un nuevo Estado de Derecho, *vis a vis* un neoconstitucionalismo¹, dentro del cual se inscriba una alternativa de construcción del sistema de protección judicial efectiva de los derechos fundamentales en general, sus consecuentes garantías instrumentales de protección cautelar y cómo todo ello impacta en la vertebración de la tutela judicial efectiva del derecho a la salud, en la actualidad.

Lo expuesto evidencia una complejidad, que podríamos denominar “externa”, del derecho a la salud, determinada por la estructuración de este derecho fundamental dentro del nuevo espectro jurídico desde y para el cual opera. Y de la misma manera posee una complejidad “interna” proveniente, precisamente, de la estructuración de los servicios de salud y de la significación de la salud como un bien jurídico complejo en sí, que requiere para su preservación, de la concurrencia de componentes técnicos y socioeconómicos vinculados a la intervención del Estado en la economía². De allí que la comprensión de los contenidos, límites y alcances del derecho a la salud y sus herramientas de aseguramiento en la Argentina precise de una discusión aún mayor, de contexto, en la que se integren algunas de las cuestiones planteadas, y muy probablemente otras que no se estén considerando, y que permitan dimensionar, de manera contextualizada, temporal y espacialmente situadas, la realidad de las cuestiones que se discuten cuando se tematiza el derecho a la salud en mi país y muy probablemente en toda Iberoamérica.

En consecuencia, este trabajo cumplirá su finalidad si lograrse aportarle al lector algunos elementos –siquiera indiciarios– a partir de los cuales pueda advertir de qué manera el fenómeno de la internacionalización ha impactado en nuestros ordenamientos internos, reconfigurándolos y resignificando, no solo al ámbito de actuación del poder, sino principalmente la actuación a los derechos fundamentales, de los cuales el que aquí nos ocupa resulta ser un caso paradigmático en la jurisprudencia argentina.

¹ Al respecto se sugiere ampliar en Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005. Dicho autor sostiene: “El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica caracterizada por cuatro acepciones principales. La primera de ellas se refiere a un cierto modelo de Estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política [...]. Una segunda acepción configura una teoría del derecho apta para describir o explicar las características del modelo. El Estado constitucional reclama una nueva teoría del derecho, que puede resumirse en las siguientes líneas de evolución: a) más principios que reglas; b) más ponderación que subsunción; c) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; d) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; e) coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. La tercera acepción establece una ideología o filosofía política que justifica o defiende el paradigma propuesto y donde subyace un alto grado de tensión entre democracia y Constitución. Una última acepción se refiere a la dimensión que podríamos denominar filosófico-jurídica, y que tiene por objeto revisar categorías tradicionales instituidas por la teoría general del derecho” (cfr. autor y obra cit., pp. 18, 20).

² Sobre las intersecciones entre el derecho a la salud y las intervenciones del Estado en la economía, en Argentina, se sugiere ampliar en Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999, especialmente Capítulo XXXIV y, en materia específica de cómo se gestó y desarrolló la intervención estatal en la economía local, en Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

De allí la necesidad de intentar aportarle al lector, en primer término, algunas breves y fragmentarias consideraciones sobre cuestiones conceptuales –y hasta semánticas– del marco teórico en el que se comprende la salud, para luego, en segundo término, abordar sus bases constitucionales –y supraconstitucionales– vinculadas a la internacionalización para, en tercer lugar, adentrarnos en los términos de construcción de la tutela cautelar efectiva del derecho a la salud. Todo ello, para intentar una relectura de contexto, actual, de cara a las nuevas fuentes de nuestros ordenamientos.

II. Aproximación a las nociones implicadas en el derecho a la protección de la salud

En la salud, el derecho a la salud o el derecho a la protección de la salud, se encuentran involucradas las siguientes cuestiones:

a) una concepción de la persona, en tanto destinataria del accionar de los poderes públicos, vinculada a una concepción de los derechos fundamentales y por tanto involucra una técnica de garantía de los derechos humanos traducida en una técnica de igualdad en el disfrute de los bienes, y también en una integración social;

b) una estructura social dentro de la cual se reconozcan las peculiaridades que permiten identificar la problemática de salud y, dentro de ellas, las peculiaridades que entraña la estructuración de un sistema de derechos y poder, propios de un contexto determinado³;

c) una consecuente estructura económica a partir de la cual puedan discutirse las racionalidades del gasto público, de la participación privada en la gestión de la salud pública y, sin dudas, de los mercados de servicios de salud⁴;

³ Respecto de la importancia de referir el estudio del derecho fundamental que nos ocupa al contexto dentro y sobre el cual opera, en aras de comprender la problemática que entraña, creemos oportuno citar las palabras del Profesor mexicano David Cienfuegos Salgado, quien en su obra, *Historia de los Derechos Humanos*, expresa: “De entrada, debe señalarse que los derechos humanos pueden estudiarse en conjunto, como una construcción global en la cual encontraremos una sucesión lineal de logros, de conquistas sucesivas del género humano. Pero también puede estudiarse en una visión parcializada, limitando su evolución en el marco histórico de una sociedad particular establecida en un territorio determinado, constituyéndose entonces los derechos humanos en conquistas, ya no del género humano, sino en exclusiva de un grupo social determinado. [...] consideramos importante precisar cómo evolucionan los derechos humanos en el contexto nacional, pues creemos necesario que el lector pueda distinguir claramente la forma en que se construye, poco a poco, el sistema de derechos humanos y el modelo de garantías del mismo, dentro del sistema jurídico” (Cienfuegos Salgado, David, *Historia de los Derechos Humanos, apuntes y textos históricos*, Chilpancingo, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, 2005, p. 15).

⁴ Debe tenerse muy especialmente en cuenta que resulta vital, y hasta indispensable, discutir la dimensión económica del derecho a la salud, en concreto, en tanto derecho social, si bien su análisis nos excede en mucho los fines de este trabajo, baste con traer a colación una reflexión del Catedrático español Juan Ramón Capella, quien sostiene: “El mantenimiento de los derechos sociales exige, esencialmente, una actividad meta-estatal. Afectan a la economía, y precisan por tanto del concurso de la esfera privada. Sólo se pueden mantener en determinadas circunstancias, pues como mínimo precisan una recaudación fiscal suficiente para financiar las

d) una estructura política inscripta dentro de un modelo de Estado dentro del cual tome lugar el haz de relaciones de salud⁵; Estado, por cierto, inscripto en un contexto témporo-espacial determinado y estructurado a partir de un orden público constitucional o supraconstitucional, que, como en el caso argentino, viene a reconfigurar el sistema de poder y el sistema de derechos—modulando de manera compleja la dinámica de los intereses públicos y privados, desdibujando con ello las esferas de actuación público-privadas— y dentro del cual encontramos al derecho a la salud —o a su protección— como uno de los derechos sociales por antonomasia⁶. A lo que se agrega la complejidad proveniente del mayor o menor grado de internacionalización del ordenamiento.

En el caso argentino se advierte que, a la hora de operar el sistema jurídico vinculado a la salud, ya no basta con el relevamiento del conjunto de normas internas del Estado destinadas a la organización de los servicios de salud. Dado el proceso de internacionalización del ordenamiento jurídico argentino—y consecuente crisis y transformación de los poderes de intervención estatal—, las categorías desde las cuales fueron teorizados y tematizados los subsistemas jurídicos nacionales, requieren de una consecuente revisión ajustada a la nueva realidad y a los nuevos paradigmas que comienzan a avizorarse, ya que todo ello impacta sobre el derecho a la salud originando una nueva construcción de este derecho fundamental, como veremos al revisar la construcción jurisprudencial realizada en la materia y específicamente los términos en los que se acuerda la protección cautelar.

prestaciones que les dan contenido. El Estado no puede garantizarlo por sí solo en cualquier circunstancia. A la postre la satisfacción de las necesidades garantizadas en forma de derechos sociales puede resultar incompatible con la lógica capitalista básica de la sociedad en que surgen”. (Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, p. 205).

⁵No debe soslayarse la dimensión política del derecho a la salud, como un derecho social equilibrador de fuerzas desiguales que concurre a neutralizar tensiones sociales. En palabras de Juan Ramón Capella: “El programa político que da satisfacción a determinadas necesidades e intereses de las clases trabajadoras articulándolas precisamente como derechos tiene consecuencias sociales neutralizadoras, desactivantes de la tensión social. Tómese cualquiera de los derechos sociales, por ejemplo el derecho a la salud. En la historia, antes de que eso fuera un derecho, cuando la protección de la salud era solo una aspiración y una necesidad de grandes colectividades o grupos sanitariamente amparados, como tales generaron organización, lucha social y movimiento socio-político que consiguió dotarse de poder para materializar esa aspiración y otras análogas.

Ahora bien: que la necesidad de atención sanitaria se satisfaga en la forma del reconocimiento estatal de un derecho tiene el significado siguiente: a) en primer lugar, la aspiración queda consagrada como legítima oficialmente, públicamente, ante todos; b) en lo sucesivo, el recurso al Estado es el único medio legítimo de defensa del derecho, pues queda bajo la custodia exclusiva del Estado (o sea, el derecho se entrega a la custodia de funcionarios públicos); c) el poder social generado para obtener ese reconocimiento jurídico—el movimiento, la lucha social—ha de dispersarse, desaparecer; esto es: ha de eclipsarse la articulación social que impuso el reconocimiento del derecho. Por eso la conversión de las aspiraciones y necesidades generales de los trabajadores en derechos tutelados exclusivamente por el Estado es un medio de neutralización y desactivación del conflicto social. Un conflicto que puede reaparecer por desfallecimiento de la capacidad de defensa estatal de algunos de los derechos sociales o de todos cuando se ha desvanecido, a su vez, el poder generado para imponer su reconocimiento” (Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida...*, *op. cit.*, p. 205).

⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, 2005, p. 813.

De allí la razón por la que bregamos en orden a un análisis más amplio susceptible de abarcar una realidad compleja, aquella a partir de la cual las realidades internas resultan moduladas desde el contexto externo, internacional o supranacional.

A lo dicho cabe agregar la complejidad técnica específica de la salud, lo cual determina que sobre esta materia confluyan una miríada de nociones y relaciones técnicas, sociales, económicas y, finalmente, jurídicas, que tensan una problemática que –si bien nos excede en mucho– requiere, para su comprensión, del relevamiento de algunas nociones básicas. A modo de ejemplo baste con indicar una de entre tantas discusiones terminológicas, existente entre los doctrinarios especializados, para quienes no es lo mismo el derecho a la salud que el derecho a la “protección” de la salud, siendo que –para un sector de la doctrina– el primero de ellos es más amplio, mientras que el segundo parece dar cuenta, más bien, de la obligación que tiene el Estado de desarrollar acciones positivas tendientes justamente a proteger la salud o repararla cuando ha sido afectada⁷.

De allí que resulte necesario, para delimitar el campo de estudio, relevar algunas de las nociones básicas en esta materia.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como “un estado de bienestar físico, psíquico y social tanto del individuo como de la colectividad”⁸. De allí que este derecho fundamental revista un carácter complejo. Como señala Carbonell, se trata de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado⁹, el cual tiene un componente individual y un componente colectivo o social. En consecuencia, siendo la salud un bien social, solamente puede preservarse mediante un esfuerzo colectivo, que debiera exteriorizarse en un adecuado –y agregaría eficaz y eficiente– sistema de atención sanitaria, o como se denomina en Argentina: sistema de servicios de salud¹⁰.

Respecto de este último elemento considerado, cabe destacar que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) define al sistema de salud como el conjunto de mecanismos a través de los cuales la capacidad instalada y los recursos humanos y financieros se organizan, mediante un proceso administrativo y una tecnología médica, para ofrecer prestaciones médicas integradas en cantidad, calidad y oportunidad adecuadas para cubrir la demanda de la población¹¹. Siendo ello así, claramente se advierte que la protección de

⁷ Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 813, citando a Leary, Virginia, “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, n. 55, diciembre de 1995, pp. 91 y sigs.

⁸ “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”, p. 23, en Documentos Básicos, Documento Oficial N° 240, Washington, 1991 y cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 814, citando a Freire, José Manuel, “Política Sanitaria”, en AA. VV., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España*, Memoria de 1999, Madrid, Trotta, 1999, p. 433.

⁹ Carbonell, Miguel, op. cit., p. 813.

¹⁰ Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 814, con cita a Abramovich, Víctor y Courtis Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, p. 17.

¹¹ Chartzman Birenbaum, Alberto, “El derecho a la salud y su protección. Obras Sociales y Seguros de salud”, Lexis Nexis N° 0003/400734, www.lexisnexis.com.ar.

la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales de los Estados democráticos contemporáneos¹².

Lo anterior determina que la “salud” se configure, por un lado, como un objetivo de “política pública”¹³—entrañando con ello potestades y cometidos estatales comprometidos al desarrollo de medidas de acción positiva— y, por el otro, como un derecho fundamental (tutelado asimismo por el orden público supranacional conformado por el sistema de derechos humanos), el cual, dependiendo de los umbrales de afectación, podrá configurarse bien como derecho subjetivo, bien como derecho de incidencia colectiva.

Se evidencia su carácter de derecho fundamental “prestacional”. Ello, en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos, lo que determinará que a partir de la estructuración de este derecho y sus consecuentes garantías instrumentales, corresponderá al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; o como lo llama Carbonell: “[...] el derecho a la atención o asistencia sanitaria”¹⁴.

Asimismo, se deja entrever la profunda conexión que existe entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, todo lo cual implica que ella [la salud] sea tematizada como un bien, un valor y, consecuentemente, como un derecho fundamental adscrito tradicionalmente a la primera generación de derechos, el cual ya no se abatece con la mera omisión de daño, sino que se integra, además, con políticas activas, con medidas de acción positiva, y con prestaciones de dar y de hacer¹⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado, en diversos fallos¹⁶, la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud 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.

¹² Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 815, quien agrega: “[...] durante el siglo XX se produjeron impresionantes avances científicos en el campo de la salud, como resultado de lo que se ha calificado como ‘la revolución terapéutica’. Sobre todo a partir de los años cincuenta del siglo pasado, hemos asistido a una constante aceleración a la puesta a punto de terapias farmacológicas y quirúrgicas, el desarrollo de instrumentos médicos y de investigaciones genéticas que han permitido enfrentar y derrotar a una serie de enfermedades que en el pasado habían causado graves pérdidas humanas” (autor y obra citada, p. 815).

¹³ Si bien para Carbonell los desarrollos en la ciencia médica han resignificado a la salud de manera que ya no pueda ser vista como un simple objetivo de política pública sino más bien como un derecho del que todos pueden disfrutar porque las condiciones técnicas y tecnológicas lo permiten (cfr. autor y obra cit., p. 815).

¹⁴ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 813, con cita a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención...”, cit.

¹⁵ Bidart Campos, Germán José, “La salud: ‘derecho-bien jurídico-valor’”, en *Bioética: entre utopías y desarraigos*, Libro Homenaje a la doctora Gladys Machinson, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc., Coord. Patricia Sorokin, 2002, pp. 69/76.

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante “CSJN”, *Fallos*: 321:1684, 323:1339, 3229, 324:3569 y 326:4931.

Asimismo, como derivación razonada de lo anterior, en materia de protección cautelar del derecho a la salud, el Máximo Tribunal Argentino ha dicho: “[...] el derecho a la preservación de la salud y aún a la vida tiene pleno reconocimiento constitucional”¹⁷. De lo anterior es que los tribunales inferiores a la hora de conceder tutela cautelar no han dudado en utilizar expresiones tales como: “[...] una decisión judicial rápida y eficaz ha de contribuir y facilitar a continuar con la protección de quien se vea menoscabado por una salud deficiente” (conf. CNCCFed. Sala II, causa 17.050 del 5-5-1995).

Así las cosas, se advierte la construcción de un derecho fundamental y de consecuentes obligaciones estatales tendientes a la promoción de la salud, a la implementación de políticas públicas adecuadas y suficientes. La pregunta será entonces por las formas que asume esta protección en el sistema argentino.

De esta manera, para comprender cómo opera este derecho fundamental y su protección cautelar en nuestro país, cuáles son sus fundamentos, cómo se estructuran sus bases jurídicas y cuáles resultan el contenido de las obligaciones estatales, debemos detenernos en la previa consideración de cómo se operó en Argentina la internacionalización del ordenamiento nacional –como proceso inscripto en el marco de la crisis del estado (en su acepción decimonónica) y de sus paradigmas y categorías, que reconoce en la reforma constitucional de 1994 a uno de sus hitos. De ello me ocuparé a continuación.

III. La reforma constitucional argentina de 1994. El impacto de la internacionalización del ordenamiento jurídico argentino sobre el derecho a la salud

“El aguijón crítico tiene que haber penetrado muy hondo en la carne normativa, para que no nos limitemos de nuevo a aterrizar en una simple invocación de majestuosos principios democráticos”.
(Jürgen Habermas).

En nuestra realidad latinoamericana, la crisis del Estado tiene como uno de sus puntos de inicio el desplazamiento del ámbito interno al internacional, tanto de la definición de los derechos fundamentales, cuanto del control del Estado por parte de organismos internacionales.

Así, se verifica en nuestras realidades la existencia de una fuerza expansiva del derecho internacional y supranacional sobre los ordenamientos nacionales, determinando la crisis de la facultad exclusiva de producir y aplicar el derecho, que hasta ahora detentaba el Estado Nación. Y, en este sentido, lo anterior nos muestra el progresivo desarrollo de ordenamientos y espacios jurídicos globales, que a más de poner en crisis el “sistema cerrado de legalidad y sus fuentes”¹⁸, transforman los mecanismos de creación y aplicación

¹⁷ Cfr. CSJN, *Fallos*: 302:1284; 310:112.

¹⁸ Al respecto, creo útil recrear las enseñanzas del Profesor Mexicano Diego Valadés, quien al considerar el proceso de ensanchamiento de las funciones del Estado de bienestar percibe el fenómeno de la crisis del Estado, señalando: “[...] la reducción indiscriminada de las funciones del poder estatal está también abatiendo, con

del derecho, reduciendo al Estado-Nación a un sujeto más entre los varios operadores jurídicos de ese ordenamiento sobre el cual inexorablemente va perdiendo su poder de conformación exclusiva¹⁹.

Sin embargo, la percepción de este fenómeno en nuestra cultura jurídica no es inmediata y requiere de un progresivo desarrollo de canales de discusión sobre sus caracteres generales y sus manifestaciones sectoriales. Por ello se cree útil realizar una breve aproximación a esta problemática.

Siguiendo la línea doctrinaria en la cual se inscribe este trabajo, vemos que hasta no hace mucho tiempo atrás, la estructuración del Estado y sus relaciones presentaban, entre otras, las siguientes notas distintivas:

1. Exclusividad del ordenamiento: Los sujetos formaban parte de un ordenamiento que presenta carácter de exclusividad²⁰.

2. Estadocentrismo: En el centro se encontraba el Estado, perfilando ello un poder público de estructura compacta y en posición de superioridad institucional²¹.

3. Predeterminación legal: La ley es la medida y el control del poder público. Predetermina su actuación, prefija sus deberes y por lo tanto es previsible - medible - controlable²². Veremos que la transformación que los procesos de crisis del Estado operen sobre este aspecto impacta sobre la estructuración del control público. Ello así, por cuanto ésta se montó a partir de encontrarse la acción estatal normativa y rígidamente planificada por un ordenamiento preexistente que perfila los fines, reglas y deberes de actuación del poder público. Éste es el modelo del poder legal racional, previsible, medible y, por ende, controlable, dentro de la estructura tradicional, tal como lo explica Cassese.

4. Estabilidad de la esfera pública: Las relaciones entre lo público y lo privado son determinadas y permanecen estables: entre los organismos puestos en posición superior y los otros sujetos no hay convergencia, sino contraposición²³.

velocidad creciente, uno de los pilares de sustentación del propio poder. Por eso se pone creciente énfasis en los procesos democráticos de legitimación del poder; porque se intuye que se está perdiendo el Estado de bienestar como una forma de legitimación que resultó muy funcional en muchos sistemas, durante largos lustros. (Valadés, Diego, *El control del poder*, México, Porrúa – UNAM, 2000, p. 2).

¹⁹ Cfr. Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, pp. 42 y sigs.

²⁰ Señala el Profesor Cassese: “Ante todo, los sujetos forman necesariamente parte de un ordenamiento jurídico que presenta carácter de exclusividad. Los sujetos no pueden elegir. El ordenamiento es un dato” (autor y obra citada, p. 151).

²¹ Agrega el autor citado: “En segundo lugar, en el centro se encuentra el Estado, poder público con estructura compacta. El Estado está en posición de superioridad institucional. En algunos casos, admite ponerse a la par de otros sujetos, con los cuales negocia. Aunque, también en tales casos, puede retomar su posición de superioridad” (autor y obra citada, p. 151).

²² Continúa el autor citado: “En tercer lugar, la ley asegura la medida y el control del poder público y, entonces, circunscribe exactamente sus competencias. Por el contrario, los particulares reaccionan según sus propios intereses y fines, en tanto, la ley define sólo aquello que a ellos es prohibido” (autor y obra citada, p. 152).

²³ Cfr. Cassese, *op. cit.*, p. 152.

Sin embargo, la fuerte internacionalización de los ordenamientos internos y el paulatino desarrollo de un *global governance*²⁴ verifican este proceso de crisis del Estado, dado su carácter compuesto, en el que se encuentran, yuxtapuestos, interdependientes, integrados, según los casos, elementos jurídicos diversos, estatales, internacionales y supranacionales²⁵. Si bien de manera más intensa en algunas realidades, menos intensa en otras y con las peculiaridades y modulaciones propias del contexto temporal - geográfico en los que se verifica el fenómeno.

La Argentina tuvo, entre otros, como hito histórico principal, su reforma constitucional de 1994, que facilitó el desarrollo de ámbitos de internacionalización de nuestro ordenamiento conformados por el sistema interamericano de derechos humanos, el proveniente de la integración comunitaria y el determinado por los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones. Sobre el particular, cabe aclarar que la internacionalización del ordenamiento argentino se produjo de manera especial y sin precedentes, entre otras razones, debido a la recepción de determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad²⁶.

Este fenómeno ha operado transformaciones que resultan necesarias presentar para comprender la nueva arena pública, en la cual se inscribe el neoconstitucionalismo del siglo XXI y se estructura la tutela cautelar efectiva sobre el derecho fundamental a la salud.

Así, siguiendo la corriente doctrinaria expuesta, vemos que se pasará de una estructura ordenada a un esquema de autoordenación; el ordenamiento jurídico que antes era un dato, se transformará en una elección²⁷. Luego, al monismo estatal y a su organización compacta se sustituye un conglomerado de derechos también incompatibles, pero provistos de normas de conflicto y, por ende, de reglas que deciden qué normas aplicar al caso concreto²⁸.

²⁴ En los términos de Cassese quien sostiene: “[...] el *global governance* se presenta como un agregado de organizaciones generales, sectoriales y de acuerdos. No solo no hay una supremacía y un soberano, sino que ni siquiera existe una estructura definida. Por este motivo no se habla de *global government*: aspectos funcionales, reglas, procedimientos, comportamientos prevalecen por sobre organizaciones o estructuras. Estos existen pero su rol no es predominante como en los Estados aparatos, ni su estructura jerárquica sino mas bien reticular. Esta estructura presenta una compleja mezcla de componentes internacionales y de componentes nacionales y una gran cantidad de acuerdos sectoriales [...]” (autor y obra citados, p. 44).

²⁵ Autor y obra citados, p. 45.

²⁶ Al respecto se ha dicho: “Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modelicamente la República Argentina” (Salomoni, Jorge, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, p.2).

²⁷ En los términos de Cassese, lo expuesto permite apreciar un paradigma, el de la mercantilización de las instituciones, que desmiente el paradigma tradicional por el cual las instituciones se imponen a los particulares, constituyendo un prerrequisito al cual estos últimos deben necesariamente adaptarse. (autor y obra citada, p. 153).

²⁸ Autor y obra citada, p. 153.

Entonces, advertimos que se registran las siguientes transformaciones, condicionadas por el grado de avance de los ordenamientos: del “modelo Estadocéntrico” se pasará a un “modelo ultraestatal”, el cual mientras en la realidad del hemisferio norte tendrá sustancia mercadocéntrica –dato no extrapolable a nuestras empobrecidas naciones americanas–, en el hemisferio sur lo encontraremos modulado a través de un nuevo orden público supranacional en progresivo desarrollo a partir del sistema interamericano de derechos humanos y los paulatinos avances en la integración latinoamericana, que permiten verificar un embrionario mercado de derechos fundamentales.

Este modelo ultraestatal opera de manera distinta respecto de los Estados, porque el nuevo modelo no es monopolístico: no existirá una sustitución del Estado nacional por un Estado supranacional, y consecuentemente no encontraremos un *global government*, aunque exista un *global governance*. De allí que se verificará la ruptura del paradigma *the state as unit*. Luego, lo anterior provocará un aumento del número de productores de derecho [*soft law*], el cual dejará de imponerse bajo formulas rígidas, determinando la pérdida de completitud, sistematicidad y unidad de los organismos jurídicos, en favor de la informalidad, para finalmente, desagregar a los Estados, en los cuales sus órganos internos especializados establecerán relaciones con los órganos similares de otros Estados²⁹.

Vinculado a los derechos humanos, su proceso de consolidación y consecuente internacionalización de los ordenamientos—si bien con sus modulaciones y particularidades de los contextos espaciales en los cuales han tomado lugar y los ámbitos constitucionales en los cuales se han desarrollado—ha sido, recientemente, caracterizado de manera elocuente en un pronunciamiento de la Corte Suprema argentina, por intermedio del voto del Juez Lorenzetti, el cual creo importante citar por reflejar el estado de evolución actual en mi país. Lo efectuó en los siguientes términos:

“La consagración de los derechos humanos se obtuvo primero en las constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos. Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supra legal, pues carecían de constituciones. Por ello, Feuerbach consideraba que la filosofía era fuente del derecho penal y Carrara derivaba su sistema de la razón. La incorporación de derechos en las constituciones sirvió para positivizar en el plano nacional estas normas antes supra legales, pero luego las constituciones fallaron, los Estados de Derecho constitucionales se derrumbaron y tampoco tuvieron éxito los intentos internacionalistas de la Liga de las Naciones. Los totalitarismos de entreguerras barrieron con todos esos obstáculos y muchos años después, pasada la catástrofe y superadas etapas de congelamiento posteriores, los derechos humanos se internacionalizaron y globalizaron. En efecto, a partir de las declaraciones de derechos realizadas en las revoluciones estadounidense y francesa, y en los dos siglos posteriores, se producen los dos procesos que Treves llamó de ‘positivización’ de los derechos y principios contenidos en ellas –al primero de ellos–, y luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, de ‘internacionalización’ de los mismos derechos positivizados (Renato Treves, ‘Diritti

²⁹ Autor y obra citada, p. 76.

umani e sociología del diritto’ en Renato Treves y Vincenzo Ferrari, coords., *Sociologia dei Diritti Umani*, Milano, Franco Angelo, 1989). Este último fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro. Ello es consecuencia del ambiente cultural y político del cual nacen la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y por lo tanto, como afirma Ferrajoli, el antifascismo es el rasgo de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial. Tras comprobar que las mayorías requieren de límites que están en las propias constituciones estatales, y que los mismos Estados requieren de límites supranacionales (Luigi Ferrajoli, ‘El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado’, en Revista *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, del Puerto, tomo 2002/B), surge un nuevo enfoque basado en la Democracia Constitucional³⁰.

Es que, como lo explica el Profesor Mexicano David Cienfuegos Salgado: “[...] hasta mediados del siglo XX los derechos humanos eran una cuestión doméstica, por lo cual su tutela era competencia exclusiva de los Estados. Sin embargo, a partir de entonces se advierte una internacionalización, que será el germen del sistema conocido como derecho internacional de los derechos humanos. La internacionalización es un proceso llevado a cabo por los Estados, con la pretensión de que algunos aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos se realicen desde fuera de los Estados. Este proceso, que puede ser considerado el de culminación en la historia de los derechos humanos, en el inicio del siglo XXI se encuentra en pleno desarrollo. [...] Es claro que con estas acciones se advierte la aceptación de que la formulación jurídico-positiva de los derechos humanos ha dejado de ser cuestión de derecho interno y se plantea como un supuesto inobjetable del derecho internacional³¹.

En Argentina, dicho proceso reconoció un hito histórico: la reforma constitucional de 1994, que facilitó el desarrollo de ámbitos de internacionalización de nuestro ordenamiento conformados por el sistema interamericano de derechos humanos³², el proveniente de la integración comunitaria y el determinado por los tratados bilaterales de protección recíproca

³⁰ Cfr. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. –causa N° 17.768–”, Sentencia del 14 de junio de 2005, considerando 19), última parte del voto del Juez Lorenzetti.

³¹ Cfr. Cienfuegos Salgado, David, *Historia de los Derechos Humanos, apuntes y textos históricos*, pp. 57, 58.

³² En materia de derechos humanos, de manera expresa el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, establece: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas

de inversiones. Sobre el particular, cabe aclarar que la internacionalización del ordenamiento argentino se produjo de manera especial y sin precedentes, entre otras razones, debido a la recepción de determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad³³.

Lo anterior determinará que, a partir de la reforma constitucional de 1994, la protección constitucional del derecho a la salud será la proveniente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –conforme la cláusula constitucional citada–.

A fin de comprender la dimensión que posee, en nuestro país, la protección de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe considerarse un dato de especial importancia respecto de su cualidad sistémica: posee operatividad directa y plena en nuestro país, desde que rige en las condiciones de su vigencia, esto es, “tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación [...] de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana [...]”³⁴.

Posteriormente, nuestro Máximo Tribunal, intensificando el reconocimiento de la internacionalización del ordenamiento y de la existencia de un “orden público americano”, tuvo oportunidad de decir: “Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características; 15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución

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

³³ Al respecto se ha dicho: “Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modélicamente la República Argentina” (Salomoni, Jorge, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, p. 2).

³⁴ Cfr. CSJN, “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, Sentencia del 7-4-1995, y en similar sentido en: “Monges, Analía M. c/ UBA”, Sentencia del 26-12-1996. Al respecto se sugiere ampliar en: González Moras, Juan Martín, “Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo Argentino”, *Revista Documentación Administrativa* N° 267-268, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, 2004, pp. 55 y sigs.

Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y, en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno³⁵.

Y agrega: “17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. *Fallos*: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas)”³⁶.

A lo que cabe destacar el enfático reconocimiento de nuestra Corte Suprema, a la jurisprudencia de la Corte interamericana respecto del deber del Estado de: “[...] articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos [...]”, unido al reconocimiento de la fuerza expansiva del orden público americano que determinan el progresivo desarrollo de las obligaciones de los Estados, al decir: “[...] las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos”³⁷.

³⁵ Al respecto, resulta elocuente lo expresado en el acápite VIII-B del Dictamen del Procurador General de la Nación de la causa en análisis: “[...] corresponde efectuar una reseña de la evolución que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al orden de prelación de las normas que lo integran. Al respecto, lo que queda claro –y en ningún momento se ha visto alterado– es la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de derecho internacional vigentes para el Estado argentino (cfr. Arts. 27 y 31 del texto constitucional y *Fallos*: 208:84; 211:162). En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del derecho internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra Constitución ha transitado varias etapas. Así, luego de una primera etapa en la cual se entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales (*Fallos*: 35:207), sobrevino un extenso período en el cual se consideró que éstas se hallaban en un mismo plano jerárquico, por lo que debían regir entre ellas los principios de ley posterior y de ley especial (*Fallos*: 257:99 y 271:7). A partir del precedente que se registra en *Fallos*: 315:1492 se retornó a la doctrina *Fallos*: 35:207 y, con ello, a la interpretación del Artículo 31 del texto constitucional según la cual los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de jerarquía inferior a la Constitución Nacional. Esta línea interpretativa se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (*Fallos*: 316:1669 y 317:3176) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional de 1994 que dejó sentada expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos en materia de derechos humanos (Art. 75, inciso 22, de la Constitución). Con posterioridad a la reforma constitucional la Corte Suprema sostuvo que el Artículo 75, inciso 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del Artículo 31 de la Constitución Nacional en su redacción originaria (*Fallos*: 317:1282 y, posteriormente, 318:2645; 319:1464 y 321:1030)”.

³⁶ Cfr. consid. 17.

³⁷ Cfr. consid. 19.

Por otra parte, vinculado al tema que me ocupa, cabe resaltar del voto del Juez Lorenzetti –el cual mereciera el comentario del Profesor Jorge Salomoni– el siguiente razonamiento:

“16)[...]la Constitución Nacional (Art. 31 Constitución Nacional)[...] debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que, ‘en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’ (Art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17) Que para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino [...] esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (*Fallos*: 315:1492; 318:514). La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones.

18) Que estas fuentes revelan la existencia de un derecho humanitario constitucionalizado (Art. 75, inc. 22 Constitución Nacional)”.

Como vemos, en mi país el peso del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos es de tal entidad, que ha determinado que la más calificada doctrina *ius publicista* argentina concluya que se verifica la presencia de un “orden público americano”³⁸.

De esta manera, para la comprensión de los alcances de dicha protección, debe tenerse presente que en el sistema constitucional argentino la protección supranacional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos viene a integrarse al articulado de la Constitución Nacional.

Esta integración normativa, no está de más señalarlo, opera de manera complementaria y ampliando los confines de la protección. De allí que se sostenga que el constituyente argentino de 1994 se ha inscripto en la corriente de especificación de los derechos fundamentales³⁹.

³⁸ Quien por primera vez advirtió sobre dicho fenómeno, vinculando los Tratados de Derechos Humanos al derecho administrativo, ha sido el Profesor argentino Jorge Luis Salomoni, en su obra: *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1999, pp. 439 y sigs. Y más recientemente señaló: “[...] el reconocimiento, y la aceptación de los países miembros, que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales, y que no se obtienen por la pertenencia de la persona humana a un determinado Estado; estableciéndose a su vez, una subordinación de esos Estados, al sistema de protección de los derechos humanos previstos en la Convención (Americana sobre Derechos Humanos). Esto es, la conformación de un Orden Público Americano. La Corte Suprema argentina ha reconocido expresamente este principio fundante del ordenamiento jurídico en la sentencia en análisis”. (Salomoni, Jorge Luis, “Acerca del Fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista *La Ley*, Buenos Aires, 4 de agosto de 2005, p. 2).

³⁹ Coincido con quienes sostienen que nuestra reforma constitucional se inscribe en la tendencia de especificación de los derechos fundamentales, por la gradual determinación de los sujetos titulares de esos derechos, en los

Es entonces que a partir de ese orden público corresponde analizar el moldeado de los límites y contenidos del derecho a la salud que el Estado argentino se encuentra obligado a resguardar.

A lo expuesto cabe agregar lo siguiente: la protección de dicho derecho fundamental resulta complementada, y asegurada, en el plexo constitucional, mediante la estructuración de las garantías instrumentales que, operativizando la protección de los derechos sociales, establecen la obligación estatal de desarrollar medidas de acción positiva. Es lo dispuesto en el Artículo 75, en su inciso 23, al encomendar al Congreso Nacional: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

IV. Las bases constitucionales del derecho a la salud en la República Argentina

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí respecto de las bases supraconstitucionales a partir de las cuales se construye el sistema de protección de los derechos fundamentales, en general, y del derecho a la salud en particular, y desde las cuales se vertebra el consecuente sistema de garantías instrumentales que posibilitan la operativización de este derecho, puede afirmarse que ya en el texto constitucional argentino originario (1853-1860) el derecho a la salud constituía un derecho constitucional implícito o no enumerado en los términos de su Artículo 33 –cláusula que se mantiene vigente–, el que dice así: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”⁴⁰.

términos descriptos por Norberto Bobbio en su obra, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991. Sobre las vinculaciones entre el proceso mencionado y los derechos públicos locales sugiero ampliar en: Salomoni, Jorge Luis, en “Sistema jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los Servicios Públicos”, en AA. VV., *Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario*, Ricardo Luis Lorenzetti Director, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp., 93 y sigs.

⁴⁰ Cfr. Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 330 y sigs. Respecto de los derechos implícitos, en el constitucionalismo argentino, se sugiere ampliar en Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, pp. 159 y sigs. Sostiene el autor: “Es extremadamente difícil que un sistema jurídico abarque de manera expresa la totalidad de las normas necesarias para poder regularla convivencia social. Partiendo del principio de que los derechos enumerados o enunciados o declarados no significan ni deben entenderse como negación de otros, los derechos que no cuentan con una nominación expresa han recibido múltiples designaciones: derechos no enumerados, derechos implícitos, derechos no enunciados, derechos innominados. Sin atender a las exactitudes lingüísticas, lo cierto es que todas las denominaciones conducen por vía de la equivalencia o de la sinonimia a un concepto común que remite a

Si bien no se encontraba expresamente enunciado en la Constitución Nacional de 1853-1860, los doctrinarios del derecho público argentino han acordado en que a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de los preceptos constitucionales, resulta claro que este atributo integra el concepto del hombre objeto de la regulación constitucional, con la consecuente obligación para el Estado y los particulares de velar por ella⁴¹, todo lo cual mereció el reconocimiento de que en el Preámbulo de la Constitución Nacional se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que ha de computarse la preservación de la salud⁴².

En base a lo antedicho, la construcción de la protección al derecho a la salud continuó a partir de su vinculación con el derecho a la vida.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad en reiteradas ocasiones de definir su contenido en los siguientes términos: “[...] El reconocimiento constitucional del derecho a la vida no está sujeto a condiciones [...] Las situaciones dramáticas a que da lugar la aceptación de este principio y las alegaciones de sesgo ideológico o sentimental no deben desviar la mira del juez cuando disposiciones de rango constitucional le imponen la preservación del primer derecho de la persona humana [...]”⁴³.

Asimismo, en otras oportunidades sostuvo la Corte: “[...] es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta conocido y garantizado por la Constitución Nacional”⁴⁴.

Con la reforma constitucional de 1994, vinculado a los derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos, el Artículo 42 en su primer párrafo viene a explicitar el derecho a la salud dentro de las relaciones prestacionales, en estos términos: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

La protección constitucional, hasta aquí explicitada, se complementa por la integración de la protección proveniente del orden público americano, como dije. En razón de ello, cabe destacar la explicitación del derecho a la promoción y protección de la salud que algunos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –con jerarquía constitucional– efectúan. Señalo los siguientes: el Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos

la existencia de normas más allá de las expresamente formuladas. Se trata de un ámbito residual que acompaña el catálogo declarado normativamente como una suerte de principio cardinal y básico de no exclusión: los derechos que cuentan con una norma que les otorga existencia positiva expresa no niegan la existencia de otros derechos que, a partir de una fuente determinada, subsisten desde un ámbito positivo implícito” (autor y obra citada, p. 159). Y específicamente en materia de derechos implícitos conviene ampliar en: Carpio Marcos, Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Cuestiones Constitucionales, n° 3, México, UNAM, 2000.

⁴¹ Cfr. Badeni, Gregorio, *Instituciones del derecho constitucional*, Ad-hoc, 1997.

⁴² *Fallos*: 278:313, considerando 15.

⁴³ CSJN. Sentencia del 11 de enero de 2001, publicado en *Revista El Derecho*, Tomo 191, p. 429.

⁴⁴ *Fallos*: 302:1284; 310:112.

y Deberes del Hombre⁴⁵; el Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁶; el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁷; el Artículo 5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁴⁸; el Artículo 10 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁴⁹; el Artículo 17 de la Convención Sobre los Derechos del Niño⁵⁰. Finalmente, resulta interesante mencionar que, dentro del sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la protección brindada al derecho a la salud se estructura como finalidad y límite de la restricción de otros derechos fundamentales como el de “Libertad de conciencia y de religión” (Art. 12), “Libertad de pensamiento y de expresión” (Art. 13), “Derecho de reunión” (Art. 15), “Libertad de asociación” (Art. 16) y el “Derecho de circulación y de residencia” (Art. 22).

V. La construcción del derecho a la salud en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina

Presentadas las bases constitucionales del derecho a la salud en Argentina, cabe ahora ingresar en la consideración de su recepción jurisprudencial.

⁴⁵ Norma que establece: “[...] toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

⁴⁶ Norma que establece: “1. Toda persona tiene derecho 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 necesarios [...]”.

⁴⁷ Norma que establece: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas. d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

⁴⁸ Norma que establece: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el Art. 2º de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] e. Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: [...] iv. El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios social”.

⁴⁹ Norma que establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre la planificación de la misma”.

⁵⁰ Norma que establece: “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial a la información y el material que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental [...]”.

En los dos pronunciamientos –verdaderos *leading cases* en materia de derecho a la salud– que seguidamente comentaré, la Corte Suprema de Justicia Argentina, con sustento en las normas provenientes del orden público americano, ha reafirmado el derecho a la salud, reconociéndolo como un derecho comprendido dentro del derecho a la vida y cuya garantía instrumental radica en la obligación estatal de desarrollar las medidas de acción positivas, adecuadas para el cumplimiento de la manda constitucional.

Es así que, en dos de los casos más relevantes, ha resaltado “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”. Tal la doctrina sentada en “Asociación Benghalensis” y “Campodónico”, los dos pronunciamientos principales en la materia, sobre los cuales trataré.

Merece destacarse la doctrina sentada por el Alto Tribunal, de manera categórica, frente a los casos en que se encuentra en juego la salud de los niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos: “[...] los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del Artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; del Artículo 25, inc. 2º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de los Artículos 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; del Artículo 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Artículo 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar”⁵¹. Se analizarán a continuación.

V.1. Asociación Benghalensis

En el caso, el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Secretaría de Salud, interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que confirmó la sentencia de primera instancia, que al hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación Benghalensis y otras entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenó al Estado Nacional a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua– a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

El apelante expresó los siguientes agravios: a) existe gravedad institucional, toda vez que la decisión favorable a la actora tendrá incidencia en la economía nacional; b) acusa arbitrariedad; c) el presupuesto es un acto institucional no justiciable, por ende, deslinda su responsabilidad alegando la falta colaboración de los Estados provinciales.

⁵¹ CSJN, *Fallos*: 321:1684.

La Corte, en mayoría, declaró admisible el recurso en relación a la interpretación de la Ley N° 23.798 y consideró que la vida es un bien en sí mismo, y es el presupuesto para el ejercicio de cualquier otro derecho de raigambre constitucional. A su vez, el derecho a la salud, ante enfermedades graves, está íntimamente vinculado a él, posición que pacíficamente resulta sostenida por nuestro Máximo Tribunal⁵².

Pero especialmente resulta de interés extraer un pasaje de la Sentencia de Corte en el cual se reconoce su carácter de derecho implícito, desde los orígenes del constitucionalismo argentino. Así, en términos categóricos, nuestro Máximo Tribunal señaló: “Que esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a proteger la salud pública (*Fallos*: 31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (*Fallos* 302:1284; 310:112)”⁵³. De esta manera, nuestra Corte continúa su línea jurisprudencial por intermedio de la cual venía sosteniendo: “[...] que en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud”⁵⁴.

Al respecto, no está de más traer a colación lo sostenido por la más calificada doctrina argentina, al considerar que si bien su protección conforma un “derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles, hoy con el curso progresivo de los derechos humanos en el constitucionalismo social, aquel enfoque peca de exigüedad. El derecho a la salud exige, además de la abstención de daño, muchísimas prestaciones favorables que irrogan en determinados sujetos pasivos el deber de dar y de hacer. Piénsese en las prestaciones estatales que para la atención de la salud tienen a su cargo los establecimientos del Estado, más las propias de la seguridad social. Todo ello para dispensar tratamientos de prevención, de asistencia durante la enfermedad, de seguimiento en el período de recuperación y rehabilitación, con más la provisión de terapias y medicamentos”⁵⁵.

Respecto de esta última observación, cabe tener en cuenta un dato de singular interés: si bien el principio de progresividad en la protección de los derechos, se incorporó al sistema jurídico argentino por intermedio del Artículo 33 de la Constitución Argentina originaria, conceptualmente, este precepto se repite en las Constituciones de: Brasil, Artículo 5º, LXXVII, párr. 2; Paraguay, Artículo 80; Uruguay, Artículo 72; lo cual autoriza a sostener

⁵² Sobre la protección del derecho a la vida, vinculado a la salud, ya tuvo oportunidad de pronunciarse nuestra Corte en varias oportunidades, entre las que se destaca la siguiente: “[...] El reconocimiento constitucional del derecho a la vida no está sujeto a condiciones [...] Las situaciones dramáticas a que da lugar la aceptación de este principio y las alegaciones de sesgo ideológico o sentimental no deben desviar la mira del juez cuando disposiciones de rango constitucional le imponen la preservación del *primer derecho de la persona humana* [...]” (CSJN 11-1-2001. *ED* 191- 429).

⁵³ Voto de mayoría, considerando 9º.

⁵⁴ CSJN, *Fallos*: 278:313, considerando 15.

⁵⁵ Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 107.

que, al menos en nuestra Región, constituye “un principio general de derecho” en los términos del Artículo 38, párr. 1º c, del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia o, como lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 30/93, “una cláusula constitucional consuetudinaria de firme tradición en el hemisferio” (CIDH, Informe Anual 1993, p. 289)⁵⁶.

Por lo cual, no resultaría extraño inferir que el derecho fundamental a la salud, y con ello el constitucionalismo social, acaso resulte una formulación originaria y auténtica del constitucionalismo latinoamericano⁵⁷.

La línea doctrinaria citada se conjuga con el razonamiento del Tribunal, el cual analiza el marco normativo vigente y señala que la Ley N° 23.798 es la prestación positiva adoptada por el legislador para asegurar que los derechos individuales no se tornen ilusorios, imponiendo al Estado la obligación de suministrar los medicamentos necesarios para el diagnóstico de la enfermedad y su tratamiento.

Tanto el Estado Federal como provincial son responsables en forma concurrente, con la salvedad de que la Secretaría de Salud es la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 23.798, cargando con la obligación de procurar la colaboración de las autoridades sanitarias provinciales. Por ende, el Estado Nacional es el responsable de velar por el cumplimiento de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe a las jurisdicciones provinciales o privadas (obras sociales o entidades de medicina prepaga).

⁵⁶ Salomoni, Jorge Luis, *Interés Público y Emergencia*, Texto de la Conferencia dictada en el Congreso “La emergencia hoy”, Fundación de Derecho Administrativo, agosto de 2003, p. 10, con cita a Fappiano, Oscar L., *El derecho de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 48.

⁵⁷ Respecto de este punto y vinculado a la idea de constitución como instrumento equilibrador de asimetrías y desigualdades sociales –como idea superadora del constitucionalismo liberal decimonónico de sesgo universalista–, es oportuno recrear las palabras del Profesor Mexicano David Cienfuegos Salgado, quien al analizar el texto constitucional de 1857, deja en evidencia el carácter implícito de los derechos sociales que más adelante caracterizarían a la Constitución Mexicana de 1917. Sostiene el autor, con base en las investigaciones del Profesor González Oropeza: “Con la Constitución de 1857 se definió el marco de los derechos de los habitantes del Estado mexicano. En la discusión de este documento constitucional participaron las mentes más lúcidas del siglo XIX, muchos de ellos acendrados defensores de la libertad, quienes han legado un ejemplo a las nuevas generaciones acerca de la forma de concebir la sociedad y su organización, así como la dignidad del hombre. [...]”. Ahora bien, es necesario decir que en el ámbito de la concepción de los derechos sociales, la importancia que tiene el período previo al Constituyente del 57 ha sido destacada por González Oropeza, al señalar: “[...] las ideas de contenido social no comienzan con nuestra constitución de 1917, sino que por lo menos, provienen desde el liberal Congreso Constituyente mexicano de 1856-1857 [...], quien tendría como referencia necesaria las obras y las ideas de las generaciones de mexicanos que desde 1824 habían venido confrontándose en la consecución de un país más justo y en la elaboración de un sistema constitucional que sirviera por igual a todas las causas [...]. Los desposeídos, los indígenas, las mujeres, los obreros y los ciudadanos sometidos a prisión, deberían ser defendidos con mecanismos establecidos en la Constitución, en lugar de prometerles derechos abstractos y anunciarles teorías impracticables”. (Cienfuegos Salgado, David, *Historia de los Derechos Humanos, Apuntes y textos históricos*, pp. 102, 103 y 104).

Cabe destacar, que el precedente ha reconocido la vinculación directa entre el derecho internacional de los derechos humanos y la Ley N° 23.798, como una medida adoptada por el Estado en el ejercicio discrecional del poder de policía a favor de uno de los grupos más vulnerables, los enfermos de HIV. Además, en el aspecto procesal, ha reconocido la legitimación activa de organizaciones cuyo objeto social tiende a la protección del derecho a la salud⁵⁸.

De allí que, por el razonamiento desarrollado a lo largo del fallo, la Corte Suprema argentina concluya categóricamente afirmando: “En tales condiciones, se infiere que la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria”⁵⁹.

V.2. “Campodónico”⁶⁰

El actor inició acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación para el que el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas prosiguiera suministrando, a un menor afectado por un padecimiento grave en la médula ósea, un producto farmacológico especial indispensable para el tratamiento médico de esa patología⁶¹.

El fundamento de hecho de la pretensión radicó en el peligro inminente de interrupción del tratamiento, con el objeto de hacer cesar el acto lesivo que privó de la

prestación necesaria para el niño, razón por la cual se invocó la protección judicial a fin de evitar el menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en los términos de la pretensión⁶².

Como era de prever, en atención a la alta sensibilidad del asunto, el caso fue favorablemente acogido en Primera Instancia y luego confirmado por la Cámara de Apelaciones, en una enjundiosa Sentencia en la cual se explayó sobre las bases constitucionales de la protección invocada y, por tal motivo, mereciendo la expresa mención del Alto Tribunal.

Así sostuvo: “a) Los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por los Artículos 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de la Ley Fundamental y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario.

⁵⁸ Ariza Clerici, Rodolfo, “El derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, www.juridice.com.ar.

⁵⁹ Voto de mayoría, considerando 11.

⁶⁰ CSJN, Sentencia del 24 de octubre de 2000: “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”.

⁶¹ Los hechos del caso dan cuenta de un menor que nació con un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas –enfermedad de Kostmann o neutropenia severa congénita–, cuyo tratamiento dependía de una medicación especial que le fue suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, hasta el 2 de diciembre de 1998, fecha en que ese organismo puso de manifiesto a sus padres que entregaba el fármaco “por última vez” (cfr. consid. 1° del fallo de Corte).

⁶² Cfr. considerando 2° del voto de mayoría.

b) El principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica cultural o geográfica (Art. 1º, Ley Nº 23.661), y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades⁶³.

La Corte, al resolver el recurso extraordinario interpuesto por el representante del Estado, confirmó la sentencia de las instancias inferiores mediante un razonamiento impecable en el cual se deja en claro la nueva jerarquía de fuentes de nuestro ordenamiento interno, que comienza a construirse a partir de la reforma constitucional de 1994. Ello, por cuanto construirá la solución del caso a partir de una hermenéutica que, inscripta dentro del proceso de universalización de los derechos, le permite determinar las omisiones estatales lesivas, a partir de la constatación de los incumplimientos de parte del poder público con las obligaciones provenientes del orden público americano –el que reconoce en su vértice al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Será entonces a partir de allí que procederá a dotar de contenido a los mandatos constitucionales omitidos y que informan el derecho a la salud en nuestro país.

Para ello parte de la constatación de que “el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (*Fallos*: 302:1284; 310:112)” y que su fundamento radica en que “el hombre es 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 valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*Fallos*: 316:479, votos concurrentes)”⁶⁴.

Cabe destacar que tal valoración viene a reafirmar el fundamento de la protección de los derechos humanos consagrado en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al reconocer: “[...] los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional [...]”. Allí finca una pauta hermenéutica que conduce la resolución del caso⁶⁵.

Así es como luego continúa reafirmando la doctrina sentada en el precedente Asociación Benghalensis: “Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud

⁶³ Cfr. considerando 6º del voto de mayoría.

⁶⁴ Cfr. considerando 15 del voto de mayoría.

⁶⁵ Al respecto, me remito al trabajo del Profesor argentino Jorge Luis Salomoni, en su trabajo “Acerca del Fallo ‘Simón’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (*La Ley*, 4 de agosto de 2005) y el texto citado en la nota 29 del presente.

—comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga⁶⁶. Luego, en el considerando siguiente, revisa las normas, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que expresamente protegen el derecho a la salud⁶⁷, para establecer —desde el orden público supranacional— el contenido de las obligaciones estatales exigibles en materia de salud y que fueron omitidas en el caso.

Así, reconocerá:

- El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental y el correlativo deber de los Estados de procurar su satisfacción mediante la implementación de acciones positivas adecuadas⁶⁸.

- La determinación de los alcances de la obligación estatal, en el compromiso del “máximo de los recursos disponibles”⁶⁹.

- La jerarquización de los deberes y obligaciones estatal al rango de obligaciones internacional del Estado⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. considerando 16 del voto de mayoría.

⁶⁷ El considerando 17 del voto de mayoría dice así: “17) Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del Art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; del Art. 25, inc. 2º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de los Arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; del Art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar”.

⁶⁸ Cfr. considerando 18 del voto de mayoría.

⁶⁹ Vinculado a la protección del derecho a la salud de los niños esta obligación comprende: “[...] la consecuente obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento [...]” (considerando 20 del voto de mayoría). Sentado ello, el Alto Tribunal verificará la consecuente adecuación de la legislación interna al orden internacional, en estos términos: “24) Que la misma ley establece que las prestaciones serán otorgadas de acuerdo con los planes nacionales de salud, los que deben asegurar ‘la plena utilización de los servicios y capacidad instalada existente’. El Fondo Solidario de Redistribución es el instrumento destinado a dar apoyo a los agentes y jurisdicciones adheridas, equiparar niveles de cobertura obligatoria y asegurar la financiación de programas en favor de sus beneficiarios” (cfr. consid. 24).

⁷⁰ En el considerando 21 del voto de mayoría, se reconoce: “Que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (Art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada)”.

De esta manera, sentadas las bases constitucionales y supraconstitucionales del sistema, evaluará, luego, la racionalidad de la organización interna del sistema de servicios de salud respecto de los parámetros supranacionales⁷¹, para luego determinar el contenido concreto de las funciones estatales en materia de salud⁷² y su conformidad con las bases supraconstitucionales del sistema. Recién entonces, nuestro Máximo Tribunal determinará las conductas lesivas que habilitaron la tutela amparista⁷³.

VI. La protección cautelar como integrante del derecho a la jurisdicción

El análisis realizado hasta aquí respecto del impacto de la supranacionalidad e internacionalización sobre los términos en que se construyó y se tensó la discusión en torno a los alcances de la protección debida a la salud como derecho fundamental, también impacta sobre la actualidad del sistema de medidas cautelares, en general, y en materia de salud, en especial.

⁷¹ Señaló el Alto Tribunal: “Que, al respecto, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud con los alcances de un seguro social, ‘a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica’. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción ‘integradora’ del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden ‘su participación en la gestión directa de las acciones’ (Art. 1°). Su objetivo fundamental es proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación [...]” (cfr. consid. 22). Y agrega: “Que el Ministerio de Salud y Acción Social, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y es también el organismo designado en la Ley N° 23.661 para llevar a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde ‘articular y coordinar’ los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la Ley N° 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y Administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (cfr. consid. 23).

⁷² Señala el Alto Tribunal: “(27) Que lo expresado pone en evidencia la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los Estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios [...]” (cfr. considerando 27).

⁷³ Así entiende: “(28) la decisión de prestar asistencia al menor, adoptada oportunamente por la autoridad nacional hasta que resolvió interrumpir la entrega de la medicación (fs. 11), había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño, lo que se ajustaba a los principios constitucionales que rigen en esta materia y a las leyes dictadas en su consecuencia” (cfr. consid. 28). Por lo cual: “(30) Que la prolongación de ese Estado –puesto de manifiesto en las actuaciones que llevaron al a quo a concluir que la afiliada no había recibido tratamiento sanitario efectivo por aquella entidad– priva de sustento a los planteos de la parte que pretenden negar una obligación de ayuda al menor en defecto de la obra social, toda vez que subsisten al presente las razones exclusivamente humanitarias que dieron lugar a la entrega del remedio, las cuales, por otra parte, no pueden ser entendidas sino como reconocimiento de la responsabilidad de la demandada de resguardar la vida del niño”. (Cfr. consid. 30).

A poco que se repare en la vertebración del actual sistema cautelar argentino, se advertirá lo expuesto.

Así, actualmente, la categoría jurídica básica sobre la que se construye en la materia la encontramos en la denominada “tutela cautelar efectiva”⁷⁴. Cabe señalar que precisamente se da en ella uno de los atributos de la internacionalización, cuál es el de auto-ordenación, dada la similitud de términos con que se encuentra progresivamente reconociéndose en un ámbito significativo de los sistemas jurídicos iberoamericanos, de suerte que casi uniformemente encontramos a dicha categoría siendo receptada en los sistemas internos⁷⁵.

Dicha categoría, en nuestro sistema erigida a la jerarquía de principio constitucional y supraconstitucional, se encuentra reconocida principalmente en los Artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¿Por qué hablamos de tutela “efectiva”? Porque, siguiendo a Morello y Arazi, en la actualidad, cuando se hace referencia al debido proceso se habla de la tutela “efectiva” de los jueces y tribunales para la protección de los derechos de las personas (v. gr., Art. 24 Const. española; Art. 15 Const. Prov. Bs. As.) o bien del recurso “efectivo” (Art. 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica [LA 1990-B-1615]). Según el Diccionario de la Real Academia Española, *efectivo* significa “real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal”⁷⁶.

⁷⁴ Ciertamente lo expuesto se vincula con el denominado “derecho a la jurisdicción” en Argentina, cuyos contornos han sido establecidos en un pasaje de un fallo trascendente de nuestro más alto tribunal, relativo, entre otras cuestiones, al derecho a la jurisdicción: “Se ha dicho con razón que en nuestra Constitución hay un verdadero derecho a la jurisdicción, o sea, a demandar la prestación del amparo jurisdiccional y que una de las mejores garantías para la seguridad jurídica es la de poder acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener, mediante adecuado proceso, el pronunciamiento que en justicia corresponda” (Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, T. II, p. 472). Ese derecho, que integra el de la defensa en juicio, consiste, pues, en la posibilidad efectiva (la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dice al respecto en su Artículo 8º: “[...] un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, lo que cumplimentó el artículo 10 al reconocer a toda persona el derecho a ‘ser oída públicamente con las debidas garantías y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de los derechos y obligaciones’) de ocurrir ante algún órgano competente que permita ejercer todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona o de sus derechos. Decididamente, no puede hablarse de derecho de defensa o de ‘debido proceso’ como garantía adjetiva, sin la presencia de un tribunal, que, de acuerdo con un procedimiento legal, de cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales” (CSJN, “Washington Julio Efraín Cabrera c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 5 de diciembre de 1983; *Fallos*: 305:2150).

⁷⁵ Tanto la Constitución Argentina como la totalidad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos recogen normas en las que se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, así como al debido proceso legal. Se señalan los siguientes instrumentos: Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Art. 6º; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos –Carta de Banjul–, Art. 7º; en el ámbito universal, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.

⁷⁶ Morello, Augusto Mario y Arazi, Roland, “Procesos Urgentes”, *JA* 2005-I-1348.

Y agregan los citados juristas: “Es por todos conocido el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos ‘Camacho Acosta, M. v. Grafi Graf S.R.L. y otros’, del 7-8-1997 (JA 1998-I-465), donde se impuso a los demandados en un proceso de indemnización de daños y perjuicios, en trámite, el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. Valoró el tribunal que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocaría al actor un perjuicio irreversible en la posibilidad de su recuperación física y psíquica, como también que la permanencia en su situación actual—hasta el momento en que concluya el proceso—le causaría un menoscabo evidente que le impediría desarrollar cualquier relación laboral”⁷⁷.

Lo expuesto nos da cuenta de la justificación del proceso cautelar en aras de recuperar la efectividad perdida por el proceso judicial tradicional, precisamente por la lentitud extrema que experimentan las denominadas “aquietadas aguas del proceso ordinario”. De allí, que prestigiosa doctrina señalara que las medidas cautelares—en palabras de Chinchilla Marín—“son la garantía que ofrece el derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales”. Y es que tal como señaló Calamandrei, el interés específico que justifica la emanación de una medida de este tipo es la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retraso de una decisión jurisdiccional definitiva, es decir, la razón de ser de la tutela cautelar es el denominado *periculum in mora*⁷⁸.

Resulta entonces que, frente a ciertos casos, las medidas cautelares devienen imprescindibles para la protección de los derechos del justiciable. Si este tipo de medidas no se adoptaran en ciertos y determinados supuestos, la sentencia que en definitiva recaiga en la causa no tendrá razón de ser y, en consecuencia, también devendrá ineficaz y vacuo el derecho a acceder a un tribunal de justicia.

En consecuencia, la protección judicial efectiva, así como la cláusula del debido proceso legal, se erigen en una garantía instrumental por excelencia, en una de las piedras basales del sistema de protección de derechos fundamentales, ya que de no existir una adecuada protección judicial de los derechos consagrados en el ámbito interno de los Estados—ya sea en su legislación interna o en los textos internacionales de derechos humanos—su vigencia se torna ilusoria.

Sentado lo anterior, cabe recrear la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la categoría “tutela cautelar efectiva”, en análisis. Dijo la Corte: “[...] constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁷⁹.

⁷⁷ Obra y autores citados, p. 1349.

⁷⁸ Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1991, p. 31.

⁷⁹ Corte IDH, Caso “Castillo Páez”, sentencia del 3 de noviembre de 1977, párrafo 82; Caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párrafo 65.

Y entonces, lo importante de estas garantías es, precisamente, la subsistencia de las mismas más allá de los avatares políticos de los Estados. De ahí que la Corte haya dicho también que “las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”⁸⁰.

Siguiendo los lineamientos expuestos, conviene tener en cuenta que el Pacto de San José de Costa Rica prevé un amplio ámbito de aplicación del derecho a la protección judicial a través de los Artículos 8º y 25 en relación con el espectro de derechos que se encuentran amparados.

En este sentido conviene tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la protección judicial deriva de la obligación “de todo Estado parte en la Convención de respetar los derechos y libertades garantizados en ella y (de) garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (Art. 1.1)”⁸¹. De allí que la jurisprudencia de los organismos internacionales que supervisan la vigencia de los derechos humanos haya explicitado que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso (Art. 8.1, CADH) y que no se agota en el libre acceso a este recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen, y también que se garantice “el cumplimiento, por las autoridades competentes”, “de toda decisión en que se lo haya estimado procedente”⁸².

En consecuencia, de la doctrina relevada no cabe sino concluir que, de acuerdo a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, los recursos judiciales deben existir no sólo formalmente, sino que deben ser efectivos y adecuados. La tutela oportuna es tutela efectiva.

⁸⁰ CIDH, OC-8/87, “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 30 de enero de 1987, párrafo 25.

⁸¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Arts. 27.2, 25 y 8º, Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 6 de octubre de 1987, Serie A, número 9.

⁸² Por otra parte, “los Artículos 25 y 1.1 de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno: los Artículos 25 y 1.1 requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el Artículo 2º de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los Artículos 25 y 1.1 de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los Artículos 25, 1.1. y 2º de la Convención. (Corte IDH, Caso “Genie Lacayo”, voto citado, párrafos 18/21).

En suma, lo dicho determina que el derecho a la protección judicial únicamente se ajusta a las prescripciones de la Convención Americana, si reúne ciertas y determinadas condiciones: el recurso judicial existente en el ámbito interno para remediar una violación a los derechos humanos protegidos en la Declaración y en la Convención debe ser adecuado, efectivo y sustanciarse de acuerdo a las reglas del debido proceso legal. En ciertos casos, recurso judicial eficaz será sólo aquel que se integre con la adopción de medidas cautelares. De lo contrario, el recurso devendría ineficaz para proteger los derechos que se estiman conculcados y la sentencia una mera formalidad.

VII. Tutela cautelar efectiva de los derechos de salud. Las denominadas medidas “autosatisfactivas”

Desde hace algo más de una década ha venido desarrollándose paulatinamente el sistema de medidas autosatisfactivas, las cuales constituyen una respuesta jurisdiccional apropiada a *las situaciones existenciales derivadas de esta desprotección*, pues se trata de un proceso urgente caracterizado por la inmediatez y la autonomía de la respuesta jurisdiccional, que se despacha –generalmente– *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos procesales sean atendibles. De allí que su procedencia se supedita a la verificación de los siguientes extremos: a) la acreditación de la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto; b) cuya tutela sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; c) que el interés del peticionante se circunscriba a la obtención de la solución urgente solicitada; d) con exigencia de contracautela en caso necesario.

De neto corte pretoriano, estas específicas garantías instrumentales de derechos fundamentales no cuentan al presente con un régimen legal integral, uniforme y diferenciado en el que se les brinde tratamiento específico en el derecho positivo procesal argentino. Existen solo provisiones aisladas dispersas en los ordenamientos provinciales⁸³. No obstante lo expuesto, como seguidamente veremos, la jurisprudencia suele ser uniforme en su reconocimiento y en el establecimiento de sus requisitos de procedencia y alcances de su protección⁸⁴.

⁸³ Art. 305 del CPCC de La Pampa –Ley Provincial N° 1.828–, Art. 232 bis CPCC del Chaco –Ley Provincial N° 4.559–, Art. 5° de la Ley N° 11.529 de la Prov. de Santa fe y Art. 67 del anteproyecto de Código para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁸⁴ Es que el desarrollo de mecanismos judiciales cada vez más eficaces para efectivizar los derechos fundamentales, es un imperativo natural para el Juez. Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias

Este tipo de medidas, como lo explica Gallegos Fedriani⁸⁵, se trata de instrumentos que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión.

De allí que guarden algunas similitudes y posean algunas diferencias respecto de las medidas cautelares como genéricamente las hemos conocido en el espacio jurídico iberoamericano tradicional⁸⁶. Siguiendo al autor citado, vemos que se asemejan a las cautelares porque ambas se inician con la postulación de que se despache favorablemente la pretensión e *inaudita et altera pars*, o a lo sumo con un sumarísimo traslado a la parte requerida. Se diferencian, por lo siguiente: a) el despacho de la medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible. Este requisito implica una mayor rigurosidad que el tradicional *fumus bonis iuris* exigido en la tutela cautelar; b) su dictado acarrea una satisfacción “definitiva” de los requerimientos del postulante, y c) por su estructuración, la que en razón de su complejidad pueda necesitar la sustanciación de un requerimiento o traslado a la contraparte, se genera un proceso de índole autónoma –para un sector creciente, es también voluntario y no contradictorio–, dado que no es accesorio ni tributario respecto de otro por agotarse en sí mismo⁸⁷.

Cabe advertir, que esto último se encuentra controvertido de alguna manera. Así se sostiene la existencia de un verdadero demandado, en los términos procesales propiamente dichos. Demandado para quien debe encontrarse estructurando un derecho de defensa para cuyo ejercicio se entiende que hay dos vías posibles para dar constitucionalidad a las “medidas de satisfacción inmediata”: a) Otorgar una breve pero efectiva y adecuada intervención al sujeto contra quien se articula o en perjuicio de quien se solicita, antes del dictado de la sentencia; b) Si se tramitó “inaudita parte”, exigir contracautela a su promotor y dar real posibilidad de que no sea efectivizada contra el perjudicado por la decisión, en particular si le causa un perjuicio de tardía o insuficiente ulterior, mientras pueda discutir el acierto de lo resuelto mediante un procedimiento idóneo⁸⁸.

particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones [...]” (Caso “Cesti Hurtado c/ Perú”, sentencia del 29-9-1999, párr. 125; doctrina reiterada por la Corte IDH en el “Caso del Tribunal Constitucional”, sentencia del 31-1-2001, párr. 90; y en el caso “Las Palmeras”, sent. del 6-12-2001, párr. 60 y, recientemente, en “Acevedo Jaramillo c/ Perú”, sentencia del 7-2-2006, párr. 213).

⁸⁵ Gallegos Fedriani, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración pública*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1998, pp. 133, 134.

⁸⁶ Al respecto, cabe señalar que ya Calamandrei advertía que las medidas cautelares podían ser accesorias, subordinadas al resultado útil del proceso principal, o *satisfactivas de por sí, con consecuencias propias y autónomas* (Calamandrei, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936).

⁸⁷ Obra y autor citado, p. 135.

⁸⁸ Cfr. Sagüés, Néstor, “La ‘medida de satisfacción inmediata’ (o ‘medida autosatisfactiva’) y la Constitución Nacional”, en *El Derecho*, edición del 19-10-2000.

Ahora bien, considero que lo antedicho no obsta al cariz de proceso protectorio; no dirimente –en los términos de Gallegos Fedriani–, que debe reconocérsele a las medidas autosatisfactivas⁸⁹, ya que en ellas el Magistrado no se encontrará ante una contienda procesal, sino ante el requerimiento, caracterizado por su propia urgencia, del dictado de una orden que con ella misma se extingue. Y ello acaso porque –como bien señala el autor– la existencia de esta clase de medidas se encuentra destinada a tutelar situaciones de extrema vulneración de derechos fundamentales en los que la urgencia de la decisión es el fin y el fundamento mismo de lo resuelto por el Juez⁹⁰.

VIII. La construcción de la tutela autosatisfactiva de los derechos de salud en la jurisprudencia argentina

A la luz del análisis realizado a lo largo del trabajo, sentadas que fueron las bases a partir de las cuales se discute en la actualidad de mi país los alcances de la protección reconocible al derecho a la salud y, consecuentemente, los requisitos de procedencia de su correspondiente tutela cautelar, juntamente con la presentación de los términos en que pretorianamente se han desarrollado las medidas autosatisfactivas –como instrumentos más adecuados para brindar tutela inmediata a la salud– corresponde ahora adentrarse en la presentación de aquellos casos testigos en los cuales se concretó la tutela autosatisfactiva de salud.

Con el objeto explicitado, se han seleccionado cinco casos sentenciados por Magistrados Judiciales de primera instancia de distintas jurisdicciones locales argentinas, los cuales dan cuenta del real alcance logrado por los tribunales de justicia argentinos en la protección cautelar a la salud. Se presentan a continuación.

VIII.1. “M. I. S.”⁹¹

El caso trata del pedido de auxilio que una madre realiza a favor de su hija menor oxígeno-dependiente –conectada a un equipo de oxigenoterapia a domicilio– por padecer insuficiencia respiratoria crónica e hipertensión pulmonar. La situación de urgencia se configura al fenecer la cobertura médica que le brindaba su ex empleador a los tres meses de producido el distracto y el riesgo vida al que se sometería a la niña de interrumpirse el tratamiento.

⁸⁹ Obra y autor citado, p. 134, quien asimismo sostiene que estas medidas “no constituye ni más ni menos que una forma de amparo, ya que, por un lado, sería fácilmente acreditable el derecho que le asiste al accionante como, asimismo, el agravamiento que irroga el mantenimiento de ese *statu quo*; mientras que, por otro lado, no encontraríamos con precisión contra quién dirigir la posible acción a entablar, superponiéndose aquí el trámite de una cautelar con el objeto de la pretensión final, que podría provocar, por la modificación que generaría respecto a los hechos puestos en escena, la innecesariedad de otro proceso autónomo y distinto al sustanciado” (con cita a Rojas, Jorge, “Una cautela atípica”, *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998 y Peyrano, Jorge, “Régimen de las medidas autosatisfactivas”, *LL*, T. 1998-A, p. 968).

⁹⁰ Obra y autor citado, p. 140.

⁹¹ Tribunal de Familia N° 3, de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, Sentencia del 21-5-1999, (*JA* 2000“II”393).

De allí que la madre se haya visto precisada de iniciar un trámite administrativo ante el Ministerio de Salud, dado que «hallándose sin empleo y ante la inminente carencia de cobertura de la obra social•sostuvo que el sector público se debe hacer cargo de dar el servicio de salud, por tratarse de un bien esencial para el desempeño humano social. Máxime, considerando que, en la especie, es el derecho al respiro vital de su hija menor el que se encuentra en riesgo debido al desamparo médico-asistencial en que quedaría la niña, si se suspende la administración permanente de oxígeno con los medios descriptos. A pesar de la gravedad de la situación, las autoridades administrativas se guardaron a silencio.

Frente a este cuadro francamente desesperanzador, decidió ocurrir a sede judicial a exponer su problema, en un intento heroico, desprovista de patrocinio letrado. Tras exponer su situación ante la asistente social del equipo técnico del Tribunal de Menores que previno el caso, se produjo urgente intervención pericial del Cuerpo Médico Forense.

Las conclusiones del informe fueron categóricas respecto de la seriedad y urgencia de la situación traída a conocimiento del Tribunal⁹², sellando la suerte del caso al constatar, como lo sostuvo el Tribunal, “la urgencia dramática generada por la fuerte probabilidad de daño a los bienes humanos”.

Por tal motivo, el Tribunal sostuvo: “Ante el derecho de vivir, personalísimo, y más que esencial esencialísimo –diría Cifuentes–, pues de él dependen todos los demás bienes, se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacarlo, a la conservación de la vida y al goce de ella. Y en la dimensión jurídica, el goce comporta su defensa. Su protección constituye un llamado ineludible para el juez desde los planos constitucional, penal, civil y procesal (conf. Arts. 18 y 75, inc. 22 CN [4]; 6º, 24, 26 y 28, Convención

de los Derechos del Niño [5]; VII, Declaración Americana de los Derechos del Hombre [6]; 25, Declaración Universal de Derechos Humanos [7]; 5º ap. 1, 8º ap. 1 y 19, Convención Americana de Derechos Humanos [8]; 10 ap. 3, 11 ap. 1 y 12, Pacto De-Co. Soc. y Cult. [9]; 15 y 36 ap. 2, Const. Prov. [10]; 827 inc. t CPCC, Bs. As.)”⁹³.

Así construido el basamento constitucional a partir del cual estructurar la solución del caso, procedió a calificar jurídicamente la pretensión como “medida autosatisfactiva”, en los siguientes términos: “La cuestión planteada encuadra en lo que la doctrina procesal

⁹² El Perito Médico Forense Departamental, principalmente, dijo: “[...] la enfermedad que padece C. N. Q. le ocasiona insuficiencia respiratoria moderada severa y hace necesaria la administración permanente de oxígeno, pues si se le suspendiese se agravaría la insuficiencia respiratoria con grave peligro para la vida de la niña”. Agrega que “la aparatología descrita es la mínima que debe tenerse para seguir preservando la salud de la enferma”. Concluye informando: “[...] existe riesgo para la salud y vida de C. N. Q. si se suspende la administración permanente de oxígeno con los medios descriptos”.

Es importante valorar las consideraciones médicas porque ello nos da la pauta de la seriedad que deben revestir los planteos autosatisfactivos, de suerte que para su procedencia se exige bastante más que la verificación del *fumus bonis iuris* o una apariencia de buen derecho, se condiciona a la existencia de una fuerte probabilidad de certeza en el planteo, el que por otro lado debe reflejar una afectación de magnitudes no conjurables mediante otros remedios.

⁹³ Cfr. fs. 2 *in fine* del pronunciamiento comentado.

moderna denomina medidas autosatisfactivas –requerimiento urgente formulado ante el órgano jurisdiccional por el justiciable, que se agota con su despacho favorable, sin necesidad de iniciar una ulterior acción principal para evitar su caducidad–: situación de extrema urgencia, con fuerte probabilidad de que el planteo formulado sea atendible y que se juzga, en este caso, tan atendible que se considera innecesario el otorgamiento de contracautela. Comparte la medida autosatisfactiva con las medidas cautelares su carácter urgente, su ejecutabilidad inmediata y la circunstancia de que, en determinados casos –como el de autos– sea despachable inaudita parte. Asimismo, la satisfacción definitiva de los requerimientos de quien la postula deben entenderse en sus justos límites, pues, conforme explica Morello, ello ocurrirá en los supuestos en que la medida sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias”. En el caso “Clavero, Miguel Á. v. Comité Olímpico Argentino”, citado por Mabel A. De los Santos (JA 1997”II»926), resulta interesante remarcar el fundamento al que acudió el Tribunal en sustento de la transformación de la pretensión: “[...] tratarse de la insoslayable tutela judicial oportuna de los derechos humanos primeros preexistentes a toda regulación positiva”.

VIII.2. “Sindicato de Trabajadores de Luz y Fuerza de San Juan”⁹⁴

Se trata de una medida autosatisfactiva pedida por el representante legal de la entidad gremial por la que se petitionó la desafectación de la cuenta bancaria de la entidad para transferir los importes desafectados a las cuentas bancarias de los acreedores de la obra social, por los montos correspondientes a cada prestador. Mediante este remedio heroico las autoridades gremiales procuraban atender las deudas vencidas que mantenía la obra social de dicho Sindicato y, de esta manera, evitar un estado de insolvencia financiera que por su magnitud podía determinar el cese de la cobertura de una enorme población beneficiaria.

El Magistrado de la causa verificó configurada la pretensión autosatisfactiva, al considerar que se trataba de “una petición con carácter de ‘urgente’ formulada al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, siendo innecesaria la promoción de una posterior acción principal para evitar su caducidad. La finalidad de estas medidas es lograr la mayor eficacia del proceso judicial”.

No obstante lo anterior, el pronunciamiento es importante pues en él se establecen las notas salientes que permiten distinguir a las medidas autosatisfactivas tanto de las medidas cautelares, cuanto de los procesos contradictorios. Ello, por los siguientes argumentos presentados: en primer lugar, debido a que –tal como sostuvo– “las medidas autosatisfactivas constituyen propiamente un proceso voluntario donde no hay actor y demandado, sino peticionante y receptor de la medida”.

⁹⁴ Expediente n° 19.596, “Sindicato de Trabajadores de Luz y Fuerza de San Juan c/ Banco de la Nación Argentina (medida autosatisfactiva)”.

En segundo término, porque “en el tratamiento de estas medidas debe exigirse un grado de certeza bastante mayor que el tradicional recaudo de ‘verosimilitud del derecho’ uniformemente exigido para la procedencia de las medidas cautelares, a lo que se agrega la configuración de un estado de ‘urgencia’ que exorbita al tradicional recaudo de ‘peligro en la demora’”.

En tercer lugar, por lo anterior, se determina la imposibilidad de despachar “estas medidas *inaudita parte* en casos como el aquí tratado, quedando esa metodología únicamente para situaciones extremadamente urgentes y manifiestamente procedentes; entendiéndose de esta manera que resulta aconsejable una breve sustanciación consistente en un traslado de corto plazo a fin de adquirir mayor probabilidad de evidencia en la solicitud”.

En el caso, el Juez encontró probada la *urgencia* en la situación cuasi falencial en la que se encontraba sumida la Entidad en la “que las abultadas deudas han hecho peligrar el normal funcionamiento de las prestaciones de salud a los afiliados de la obra social”. Extremo este que determina la conexión del estado de urgencia con la afectación de derechos fundamentales de máxima sensibilidad como lo es la vida y la salud.

Resulta de interés destacar el estándar jurisprudencial utilizado por el Magistrado para establecer los alcances de la protección del derecho a la salud en este caso. Recurrió a la doctrina sentada por la Corte Suprema Argentina en los *leading cases* “Asociación Benghalensis”⁹⁵ y “Campodónico de Beviacqua”⁹⁶.

De allí que el Sentenciante haya concluido: “[...] estos hechos tienen relevante importancia toda vez que se encuentra en juego el mantenimiento de los derechos a la salud y a la vida de los afiliados, recordando que estos derechos deben priorizarse ante cualquier suspicacia burocrática que intente desnaturalizar el verdadero sentido de la norma dictada por el Poder Ejecutivo Nacional a través de la Resolución N° 46/2002 del Ministerio de Economía de la Nación. Surge entonces una prelación en normas de rango constitucional como la Convención Americana de Derechos Humanos que en su Artículo 5° inc. 1, persigue el respeto y la protección de la integridad física, psíquica y moral de todas las personas; y en su Artículo 4° inc. 1°, sostiene el respeto por la vida”. También se encuentran afectados los derechos a la vida y a la salud que protegen los Artículos I y XI, respectivamente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su Artículo 3° protege el derecho a la vida y en su Artículo 25, inc. 1°, dispone: “Toda persona tiene derecho 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 necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

⁹⁵ “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ Amparo Ley N° 16.986” – CSJN, 1-6-2000.

⁹⁶ “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, CSJN, 24-10-2000.

VIII.3. “T. J. y otro c/ Swiss Medical S.A.”⁹⁷

Se trataba de la tutela judicial urgente de la salud de una niña menor –cinco años– nacida con síndrome de “Apert”, a quien su sistema de medicina prepaga le negó la integridad de la cobertura contratada. En este caso, la protección urgente del derecho a la salud se construyó sobre el basamento del Artículo 42 de la Constitución Argentina y el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁸.

Los padres de la menor, tras verse expuestos a sucesivas dilaciones, evasivas y regateos de parte de la prestadora, decidieron ocurrir a sede judicial en el marco de una acción de amparo, solicitando una medida cautelar de no innovar por medio de la cual perseguían se ordenara a la demandada a brindar íntegramente la cobertura prometida. El *periculum* era simple: “[...] la operación se debe efectuar a la mayor brevedad posible porque la menor posee rastros de impresiones digitiformes en su cráneo que demuestra la presión que se está ejerciendo en su cerebro, lo que puede acarrear problemas neurológicos”⁹⁹. No obstante ello, cabe destacar, prudencialmente, que la Magistrada confirió traslado a su contraparte procurando asegurar la defensa en juicio, probablemente, abonando el terreno para la mutación –que inmediatamente después iría a realizar– de acción de amparo a medida autosatisfactiva. En este marco, la requerida empresa médica petitionó el rechazo de la cautelar alegando que se trataba de una “técnica alternativa en fase experimental”, razón por la cual no cabría más que ofrecer una cobertura por el 50 %.

Trabada la controversia, la Jueza mutó la calificación de “amparo y medida cautelar de no innovar” en medida autosatisfactiva, por verificar que en razón del “objeto de la cautelar petitionada, fácil es advertir que ello coincide con el objeto principal del proceso de amparo. Y no puede ser de otro modo por cuanto como proceso asegurativo las medidas cautelares participan de la característica de accesoriedad y provisoriedad y en un caso como el de autos no existe forma de asegurar lo que una única pretensión: el resguardo a la salud mediante la intervención quirúrgica que la menor requiere”¹⁰⁰.

En este contexto, resulta interesante destacar el razonamiento desplegado para hacer lugar al planteo, pues en él se contiene una sencilla pero profunda delimitación de los recaudos de procedencia de este específico mecanismo de tutela urgente de la salud. Entendió que el caso verificaba bastante más que una apariencia de buen derecho por versar sobre un “tratamiento que conforme al plan médico contratado con la accionada

⁹⁷ Expte. 41835/2002 – “T. J. Y otro c/ Swiss Medical S.A.” - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 3 – 19-7-2002.

⁹⁸ Siguiendo la Doctrina Judicial sentada en el caso, “G. D. E. c/ Obra Social de aeronavegantes s/ incidente de apelación medida cautelar”, por Sentencia del 1° de abril de 1997, dictada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

⁹⁹ Punto I *in fine* de la Sentencia comentada.

¹⁰⁰ Punto III de la Sentencia en análisis.

debe ser cubierto en un ciento por ciento”¹⁰¹; determinó que se encontraba en presencia de una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones de la actora, unido a la necesidad de urgente atención en el marco de un tratamiento que, por sus especiales características, dejaba ya de ser meramente alternativo¹⁰².

Así desentrañados los hechos del caso y la sustancia jurídica, definió el cariz de la tutela efectivizada bajo el *nomen* autosatisfactiva, como “una especie de proceso urgente, género global que abarca otras hipótesis en las cuales el factor tiempo posee especial resonancia”. En tal sentido, la conclusión N° 4 del Tema 2 de la comisión N° 2 del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, junio de 1995) fue: “La categoría de proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipadas” (cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci, *Medida autosatisfactiva*, con dirección de Jorge Peyrano, p. 438)¹⁰³. Agregando: “[...] estas medidas urgentes se agotan en sí mismas y se caracterizan por: a) existencia de un peligro en la demora; b) fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante no bastando, como en las cautelares, la mera apariencia del derecho alegado; c) dada esta fuerte probabilidad, normalmente no requiere contracautela; d) es un proceso autónomo en el sentido de que no es accesorio ni tributario respecto de otro agotándose en sí mismos, y e) la demanda es seguida de la sentencia (conf. Jurisp. Provincia de Tucumán Civil y comercial Común, ‘Saliz, Germán David c/ Empresa Libertad Línea 8 S.R.L. s/ amparo’, 5 de septiembre de 2001, Lex Docthor)”¹⁰⁴. La claridad de los lineamientos establecidos me exime de mayores comentarios.

¹⁰¹ Punto III de la Sentencia, señalando: “Por un lado, el carácter de afiliada de la menor ha sido tácitamente reconocida como así también el intercambio epistolar y el plan de cobertura médica que manifestaron los representantes legales de la niña. Por otro, lo expuesto por la demandada respecto a si los distractores a colocarse a la menor constituyen o no prótesis (dado que en la folletería adjuntada por la actora respecto al plan den que se encuentra afiliada la menor se señala la cobertura del cien por ciento en ‘prótesis e implantes internos’), ha sostenido que no revisten esa calidad sino la de ‘ortesis’ [...] el Cuerpo Médico Forense [...] manifestó que los distractores pueden ser considerados prótesis internas que tienen el tornillo regulador externo”.

¹⁰² Así, el Cuerpo Médico Forense señala que la única posibilidad de tratamiento de la menor es el quirúrgico “que sin ser una urgencia se debe realizar lo antes posible”, siendo que conforme lo dictaminado los dos distractores de estructura amorfa de Lactosorb de tercio medio facial sobre tomografía tridimensional de Walter Lorenz es el método más moderno de esta patología en la niñez y el más aconsejable. Explica el experto que el mencionado tratamiento es recomendable frente a tratamientos clásicos quirúrgicos con osteosíntesis de titanio ya que éstos a veces producen rechazos y siempre es necesario realizar un segundo acto quirúrgico para su extracción, lo que no sucede con los distractores mencionados por ser reabsorbibles en cinco o seis meses siendo esa la única marca en el mundo que cubre esas condiciones.

¹⁰³ Punto III, párrafo IV, de la Sentencia comentada.

¹⁰⁴ Punto III, párrafo V, de la Sentencia comentada.

VIII.4. “M. R. R. c/ I.O.S.P.E.R.”¹⁰⁵

En este caso se promovió una acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos para que efectivice el cumplimiento de la cobertura integral de una beneficiaria con discapacidad permanente, motora, visceral y sensorial proveniente de hemiparesia y de lesiones multiformato. El cuadro se agrava dado que la paciente carecía de independencia personal y grupo familiar de contención, unido a la falta de respuesta del instituto demandado que la colocó frente a la acuciante necesidad de endeudarse para la compra de los medicamentos, dado el riesgo de vida que conllevaba su interrupción.

La situación termina de agravarse por el agotamiento de las dosis compradas, por lo que devino incierto el modo de continuar su acceso a la medicación. Así las cosas, sus representantes pidieron al Juez local el dictado de una medida cautelar innovativa por intermedio de la cual se obligara a la entidad a brindar cobertura.

Frente a ello, el Tribunal comienza su razonamiento citando las palabras del Ilustre Maestro argentino Miguel Marienhoff, señalando: “La cuestión traída a conocimiento involucra el derecho a la salud, de especial protección por nuestro ordenamiento jurídico positivo. Reparo que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del derecho a la vida, valor supremo en un Estado de Derecho que ‘en la escala de prerrogativas humanas ocupa el primer puesto’¹⁰⁶.”

Agregando, luego, el reconocimiento que este derecho fundamental merece en el ordenamiento argentino, afirmando: “Y así, se reconoce sin vacilaciones, que el derecho a la salud posee rango constitucional –Art. 42 CN, Art. 5º de la Convención Americana de los Derechos Humanos aprobada por la Ley Nº 23.054 y recepcionada por el Art. 75 inc. 22 CN–. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales. El Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –de jerarquía constitucional– establece medidas que los Estados Partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La Organización Mundial de la Salud define a la salud como el estado de perfecto bienestar físico, mental y social”.

Tras lo categórico de las afirmaciones resaltadas y la urgencia y contundencia de la cuestión planteada, el Magistrado entendió configurado, sin más, el “interés tutelable cierto y manifiesto, que impone al Instituto reclamado, del deber de responder”. De allí que sean estos dos elementos: la gravedad y urgencia, los extremos que motivaron el cambio de calificación de la acción de amparo intentada al, por él, señalado “trámite que la doctrina y jurisprudencia han denominado ‘medida autosatisfactiva’”, a la que califica como “una solución jurisdiccional urgente, autónoma, despachable *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”, explicitándola como un instrumento útil para remover “vías de hecho”.

¹⁰⁵ Expediente Nº 12.608, “M. R. R. c/ I.O.S.P.E.R. s/ acción de amparo”, Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 8 de Paraná, Provincia de Entre Ríos – 23-3-2007.

¹⁰⁶ Marienhoff, Miguel S., “El derecho a la libertad integral del ciudadano”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, Año XII, 2º época, Nº 9.

Las dos últimas consideraciones son de interés porque profundizan el camino de los anteriores casos brindándole mayor intensidad a los alcances de las medidas autosatisfactivas ya que, por un lado, se exime de contracautela y, por el otro, se la reconoce como mecanismo eficaz para combatir las vías de hecho administrativas.

De manera que según el enfoque aquí planteado, esta tutela judicial urgente se supedita a los siguientes recaudos: a) La existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto; b) Su atención impostergable, lo que determina que se produzca en caso contrario la frustración del derecho; c) El alcance limitado de la acción a obtener la solución de urgencia requerida; d) La dispensa de contracautela, salvo supuestos de excepción¹⁰⁷.

VIII.5. “F., S.C.”

En este reciente pronunciamiento –caratulado: “F., S. C. c/ Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro s/ incidente de apelación”–, del 20 de diciembre de 2005, respecto de la continuidad de la afiliación a una obra social, nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad de adentrarse en los alcances de la protección del derecho a la salud relativo a la extensión del período de asistencia previsto en el Artículo 10 de la Ley N° 23.660, dado que se controvertía el derecho del accionante a reclamar –aún con carácter cautelar– la continuidad de una afiliación que, en principio, aparece como facultativa tanto para quien la solicita como para la Obra Social que debe aceptarla.

Revocando el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la Corte ordenó a la demandada arbitrar las medidas pertinentes a fin de permitir la continuidad de toda la cobertura médico asistencial.

Para fundar su decisión, la Corte se apoyó en tres ejes: a) la gravedad del caso, determinada por la presencia de una enfermedad grave que requiere de medidas urgentes; b) la desprotección del amparista, y c) la jerarquización de la protección de la salud como derecho íntimamente vinculado al derecho fundamental a la vida, bajo la protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo cual determina la obligación de las autoridades públicas de garantizar ese derecho mediante acciones positivas y medidas concretas¹⁰⁸.

¹⁰⁷ En los términos de la Sentencia comentada, la dispensa de la contracautela se determina por la concurrencia de los siguientes extremos de inexcusable observancia: “[...] existe, sin duda alguna, un interés tutelable, cierto y manifiesto y se impone su tutela de manera urgente, para evitar de este modo, la frustración del derecho a la salud, sin necesidad de dación de contracautela por el grado de evidencia de la procedencia de lo solicitado” (considerando único, última parte).

¹⁰⁸ Cabe destacar que en reiteradas ocasiones (*Fallos*: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3578, entre otras) la Corte Suprema Argentina ha enseñado que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, reconocido por la Constitución Argentina y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema).

Respecto de este último, resulta ilustrativo –con relación a los alcances de la tutela cautelar– lo señalado, en su voto, por la Ministra Dra. Carmen Argibay: “En un caso similar al presente, esta Corte ha resuelto que la interrupción unilateral de afiliaciones prolongadas a obras sociales o prepagas, cuando se trata de personas que sufren dolencias crónicas y que, a su vez, ofrecen mantener en el mismo nivel los pagos que venía recibiendo la prestadora constituyen actos lesivos del derecho a la salud (V.1389.XXXVIII. ‘V. W. J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo’, sentencia del 2 diciembre de 2004)”¹⁰⁹.

Es la asimilación de los hechos de este caso como conductas lesivas al derecho a la salud, lo que explicita la tutela otorgada por la Corte.

Verificados en el caso tales extremos, la Corte aplicó la doctrina sentada en la causa “V. W. J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo”, sentencia del 2 de diciembre de 2004-, por lo cual entendió configurados los presupuestos establecidos en el Artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para conceder la tutela cautelar¹¹⁰, sosteniendo consecuentemente que la medida dispuesta procura: “[...] evitar eventuales perjuicios a la actora, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, su propia vida, máxime teniendo en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones”¹¹¹.

IX. A modo de epílogo

Acaso sea la problemática del derecho a la salud y su protección cautelar un ámbito sobre el cual con alguna claridad pueda percibirse la cuestión de la internacionalización de los ordenamientos y, consecuentemente, la transformación de las fuentes de los ordenamientos internos, todo lo cual –quizás– constituya una aportación para discutir los confines de la crisis de las categorías tradicionales que dieron fundamento a nuestros Estados y a nuestros sistemas de derecho. Me refiero a sus bases de legitimidad.

En la construcción jurisprudencial analizada se advierte dicho fenómeno: al revelar la preeminencia del orden público supranacional de los derechos humanos sobre el ordenamiento interno, se determina la alteración del sistema tradicional de fuentes del ordenamiento que encontraba su vértice en el texto constitucional nacional. Y con ello se desarrolla progresivamente una reconfiguración de los procesos judiciales urgentes dando lugar a la paulatina consolidación de las medidas judiciales denominadas en Argentina como “autosatisfactivas”, como garantía instrumental idónea para asegurar la tutela efectiva de los derechos de salud.

¹⁰⁹ Cfr. Considerando 6° del voto de la Ministra Dra. Carmen Argibay.

¹¹⁰ Cfr. considerando 6° del voto de mayoría.

¹¹¹ Considerando 5° del voto de mayoría.

Es entonces que se advierte la presencia de una fuente supranacional de nuestro ordenamiento por cuanto ésta concurre a modularlo, reconfigurar sus bases de sustentación y estructurar, no solo los componentes de dicho derecho fundamental a la salud, sino también los consecuentes deberes y obligaciones que deben desarrollar los Estados para su aseguramiento en plenitud. Vinculado a los deberes estatales, la jurisprudencia revisada –remitiendo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos– da cuenta de la estructuración de los siguientes:

1. Preservar la salud mediante medidas sanitarias y sociales relativas, entre otras, a la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos. Ello, con base en las premisas sentadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2. Asegurar el disfrute del más alto nivel posible de salud, con arreglo al ordenamiento jurídico. Aquí, con fundamento en los contenidos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ello determinará, entre otras, la obligación del Estado argentino no solo de prestar, de manera directa, servicios médicos asistenciales por sí o por intermedio de terceros a los beneficiarios del sistema de salud, sino también desarrollar los medios necesarios para la prevención y tratamiento de las enfermedades, mediante acciones positivas de protección y recuperación de la salud, al tiempo que creando las condiciones que posibiliten adecuada cobertura, a todos los beneficiarios de los servicios públicos de salud.

A consecuencia de lo anterior, vinculado al desarrollo de medidas autosatisfactivas como herramienta idónea para la protección judicial urgente en materia de derecho de salud, tenemos: a) La necesaria concurrencia de un interés relevante, tutelable, cierto y manifiesto, evidenciado en un grado de certeza muy superior a la tradicional verosimilitud del derecho propio de las medidas cautelares; b) La consecuente necesidad de que la atención del derecho reclamado devenga impostergable, evidenciando con ello un grado de peligro en la demora muy superior al que tradicionalmente se exigía para la procedencia del sistema imperante de medidas cautelares. Y ello fundado en el riesgo inminente y severo que se produzca en caso contrario la frustración del derecho; c) El alcance limitado de la acción a obtener la solución de urgencia requerida; d) La dispensa de contracautela, salvo supuestos de excepción.

La “noticia” de los términos en que se nos presenta este especial sistema de protección determina que de alguna manera estemos descubriendo una novedad, redefiniendo las bases de un nuevo derecho público, el cual encuentra que el tradicional andamiaje burocrático estatal ha dejado de ser el vicario de los intereses generales y centro de atracción, para pasar a ser otro entre varios operadores jurídicos, dentro de un nuevo contexto que pareciera tener como eje, más que a los Estados soberanos, a las tensiones entre los intereses, públicos, privados, sectoriales, sociales, etc., de suerte que las relaciones que se tensen bajo este derecho público tengan por objeto la modulación de la dinámica de esos intereses.

Es que, como analizaba tiempo atrás Jürgen Habermas, acaso a modo de profecía, respecto del contexto de transformación de la Alemania y los Estados Europeos de finales

de siglo XX: “No puede excluirse una capitulación de los principios del Estado de Derecho frente a la abrumadora complejidad social. Pero si esto se produjese, cambiarían nuestros conceptos de derecho y democracia, experimentaría también un cambio radical la autocomprensión normativa de los ciudadanos, tal como se da hoy todavía en nuestras latitudes. Y porque tales contextos conceptuales fundan también hechos sociales, merece la pena una reconstrucción de las ramificadas implicancias de un sistema de derecho, el cual no puede extraer su legitimidad de otro sitio que de la idea de autolegislación”¹¹².

Creo, siguiendo ese pensamiento, que los operadores jurídicos de los inicios del siglo XXI tenemos ante nosotros el proceso de reconstrucción de las fuentes de nuestros ordenamientos y la vertebración de un sistema jurídico, coherente, adecuado al nuevo contexto. Comprender la realidad, pensar la complejidad, he ahí un desafío.

¹¹² Habermas, Jürgen, *Mas allá del Estado Nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 150, 151, para quien: “En cuanto se evapora la sustancia normativa, en cuanto, por ejemplo, quienes recurren a los tribunales ya no tuviesen la sensación de que cuentan con la posibilidad de recibir justicia de ellos, en cuanto los electores ya no creyesen poder influir con sus votos sobre la política del gobierno, el derecho se habría convertido en un instrumento de control del comportamiento y la decisión democrática mayoritaria se habría convertido en un espectáculo de engaños y de autoengaños, carente de consecuencias” (ob. y autor citado, p. 150).

VII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTUACIÓN LÍCITA

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTUACIÓN LÍCITA

CUESTIONES QUE PLANTEA SU GESTACIÓN, SU DESARROLLO COMPARADO Y LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA EN NUESTRO PAÍS

1. Reflexiones iniciales

Las diversas formas en que se manifiesta el poder del Estado sobre los sujetos privados –especialmente en la economía, bien sea en su carácter de regulador, o al desregular actividades, o mediante el ejercicio de sus potestades de intervención– plantean un cúmulo de situaciones en las cuales se producen menoscabos patrimoniales concretos que en muchos casos constituyen verdaderas lesiones a aquellos derechos de los particulares tutelados por las garantías de la constitución económica. Nuestra tradición jurídica, fiel a sus valores constitucionales, ha reconocido la consecuente obligación estatal de reparar los perjuicios causados.

En lo esencial, creemos que estos son los términos que han caracterizado a la llamada responsabilidad estatal por actuación lícita o sin culpa.

Lo anterior debiera implicar que tales exteriorizaciones del poder encuentren su contrapartida en un consecuente sistema de reparación provisto por el ordenamiento jurídico administrativo particular, mediante el cual se concreten dichas garantías de rango superior.

A partir de la reforma constitucional de 1994, debiera verificarse la consecuente adecuación de ese sistema a los principios del orden público supranacional de los derechos humanos, cuya protección refuerza la tutela constitucional interna, dadas sus condiciones plenas de operatividad.

De la misma manera nuestro sistema debiera adecuarse también al embrionario derecho de la integración latinoamericana, mediante su armonización recíproca de estándares normativos con las legislaciones de los restantes Estados miembros de la incipiente unión comunitaria, en pos de la coherencia del sistema.

Ello plantea un atractivo entrelazamiento entre el sistema de poder y el sistema de derechos y, a la luz del nuevo modelo constitucional y los nuevos desafíos que el derecho público del siglo XXI nos presenta, resultan como deseable punto de inicio de una nueva relación entre los individuos, los poderes estatales y los nuevos sujetos actores de la economía con real capacidad de imposición por sobre los Estados.

De lo expuesto advertimos que nos encontramos lejos de producir la evolución reclamada por el nuevo orden constitucional.

Así, el coyuntural ordenamiento de emergencia y los recientes regímenes locales de procedimientos administrativos, la casuística difusa tributaria de la discusión doctrinaria y jurisprudencial contemporánea, sumado a la ausencia de soluciones normativas con vocación de permanencia, revelan la falta de coherencia de nuestro sistema.

Un sistema que solo en apariencia puede enténderselo consolidado en nuestro país, por cuanto su formulación actual ha sido obtenida a partir de una superposición constante, realizada en forma acrítica y asistemática, de categorías extranjeras ajenas a nuestro modelo constitucional y sistema normativo originario, ocasionando el consecuente desmembramiento de sus fuentes.

En consecuencia, este trabajo procura discutir el proceso de formación de nuestro régimen de responsabilidad estatal por actuación lícita, que así inviten al redescubrimiento de su temprana y original gestación y a su distinción respecto del modelo comparado en el cual abrevó nuestra doctrina del siglo XX para encontrar la fuente del régimen actualmente en crisis.

Intentaremos recrear los términos en los cuales se gestó la responsabilidad del Estado en nuestro país partiendo de la integración de los planos de análisis en juego desde el aporte de las categorías pensadas por la teoría de la justicia contemporánea.

Guiados por tales categorías nos centraremos en el análisis de la conformación de los valores constitucionales comunes y propios plasmados en nuestro texto constitucional y en la cláusula en la cual pensamos residir el sistema de responsabilidad estatal por actuación lícita.

Creemos que ello será el antecedente necesario que nos permitirá luego establecer los términos en que se produjo su temprana gestación normativa en nuestro país, la que advertimos posee la cualidad de haber cristalizado el plexo de valores comunes y, por ello, haber sido el fruto de una embrionaria tradición jurídica. Siendo ello así, nos interesará descubrir de qué manera este “pensar situado” consolidó una primera evolución jurisprudencial, que debemos advertir ha sido lograda con mucha anterioridad al desarrollo comparado.

Es entonces que la adecuación de nuestro sistema al nuevo orden público supranacional tiene para nosotros su inicio en el intento de su reconstrucción a partir de sus fuentes originarias.

También creemos que el esquema de trabajo presentado nos permitirá verificar la originalidad de nuestro sistema de responsabilidad estatal y, en especial, por su actuación lícita.

En mi opinión, el intento de reconstrucción debiera ser pensado a partir de un método que permita la integración de los planos de argumentación que necesariamente se encuentran en juego en la resolución de un problema jurídico.

Me refiero al plano filosófico político, el plexo constitucional, el plano normativo y el plano fáctico sobre el cual el operador jurídico concreta el sistema y a partir del cual debiera pensarse el ordenamiento.

De allí el aporte de los postulados de teoría de la justicia para la resolución del problema. Si bien situados en un plano metaconstitucional e informando la discusión filosófico política del modelo de Estado deseado que luego debiera contenerse en el plexo constitucional, delimitarse en el plano de las normas y concretarse en el caso concreto, retroalimentando y ajustando así al sistema, debemos encontrar aquellos postulados de teoría de la justicia afines a nuestros valores constitucionales.

Desde esta perspectiva la importancia de incorporar elementos de la teoría de la justicia en nuestra interpretación de la Constitución nos permitirá intentar la reconstrucción de nuestras tradiciones jurídicas, el recrear la perspectiva y los valores comunes a partir de los cuales fue construido nuestro texto constitucional y a partir del cual fueron tematizados y teorizados los embriones de nuestras categorías jurídicas básicas.

Pensamos que ello contribuirá a atemperar los efectos negativos del proceso de supresión sistemática de nuestra tradición jurídica, proceso que seguramente tuvo inicio con la elaboración del mito de la inspiración angloamericana de nuestro sistema constitucional sobre 1880.

1.1. La problemática caracterización de la responsabilidad estatal por actuación lícita

Apoco que se indaguen las principales obras de derecho administrativo contemporáneo se podrán advertir algunos de los componentes del problema que hemos esbozado y que tienen como notas salientes las siguientes:

- La difusa tipología de esta clase de responsabilidad estatal, implicando ello la dificultad por comprender cuándo estamos frente a una intervención estatal legítima que dé lugar a reparación. En un esfuerzo por lograr la aprehensión del tema las obras se limitan a proveernos de un catálogo de situaciones.

- La ausencia de un régimen indemnizatorio propio del derecho público, con categorías consolidadas y rubros indemnizables definidos. Ello tiene como componente la discusión sin fin en torno a la procedencia o privación del lucro cesante en esta clase de indemnizaciones, junto con el debate en torno a la llamada fuerza expansiva de la expropiación pública.

Creemos que el difuso estado de la cuestión reconoce algunos componentes:

- La falta de formulación de la pregunta por la gestación de este sistema en nuestro país, todo lo cual debiera mover a la indagación de sus concretas circunstancias históricas que le dieron nacimiento, los valores metaconstitucionales comunes a partir de los cuales se teorizó el sistema, el moldeado constitucional de la materia, su primera concreción

normativa y recepción jurisprudencial. En esta búsqueda finca para nosotros la respuesta a la pregunta por las bases constitucionales de este sistema.

- Consecuencia de lo anterior es la disfuncional tematización de esta categoría por la doctrina y jurisprudencia contemporánea, la cual, suprimiendo las categorías locales, incorporó en forma acrítica sistemas extranjeros.

De allí la necesidad de detenernos en el desarrollo de esta cuestión.

Inicialmente interesa señalar que la producción doctrinaria y jurisprudencial local de por lo menos los últimos treinta años, en forma unánime reconoce su existencia, si bien discute sus alcances –como veremos en el análisis de los principales casos– y procura indagar acerca de cuáles comportamientos resultan comprendidos¹.

A poco que se indaguen los anales de jurisprudencia y la obra de la doctrina más calificada en la materia² veremos que con uniformidad se ha establecido la configuración de este supuesto de responsabilidad frente a genéricos hechos, actos administrativos legítimos, reglamentos y leyes, que si bien son válidas poseen entidad para afectar la esfera de intereses de los sujetos privados, protegidas por el ordenamiento.

Es así que, siguiendo los lineamientos doctrinarios, en forma específica han podido delinearse supuestos específicos, de esta clase de responsabilidad, tales como: la modificación del régimen de depósitos bancarios, o la modificación de régimen de cambios, prohibición de importaciones y de fabricación de determinados productos, normas que consagran el monopolio estatal de actividades, actos de autoridades aduaneras, e incluso restricciones municipales. Dado que la enumeración de los supuestos comprendidos posee un carácter enunciativo y excede el objeto del presente, creemos oportuno remitirnos a las principales obras sobre la materia para su profundización.

¹ El derecho judicial de la Corte admite que puede existir responsabilidad indemnizatoria del Estado cuando su actividad ha sido lícita o legítima (y no solamente cuando ha sido ilícita o ilegítima). Tal responsabilidad lícita procede si con su ejercicio se ha originado un perjuicio a los particulares. El deslinde que debe hacerse se aproxima al siguiente lineamiento: a) Como principio, la actividad lícita no ofende (precisamente por su licitud) a la Constitución. b) Incluso, si versa sobre políticas gubernamentales, pueden estas escapar al control judicial... c) Pero si afecta un derecho adquirido o se causa daño, la actividad lícita engendra responsabilidad del Estado. El principio de que el Estado debe reparar los perjuicios causados a los derechos mediante su actividad lícita cubre tanto el supuesto en que el Estado actúa como administrador, cuanto aquellos en que actúa como legislador. (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 496).

² Entre las principales aportaciones nos estamos refiriendo a los siguientes autores, si bien con la salvedad de que en algunos casos presentan posturas opuestas en nuestra doctrina, Reiriz, María Graciela (“Responsabilidad del Estado”, y en especial el enjundioso Dictamen desarrollado en el caso “Motor Once”); Comadira, Julio Rodolfo (“...otros estudios”, 1996); el Extinto Maestro Miguel Marienhoff (crítica a su caracterización de derechos de naturaleza administrativa y ordinarios) (ED 114-949, Tratado T. IV); Cassagne, Juan Carlos (*Derecho Administrativo*); Barra, Rodolfo (ED 122-873); Bianchi, Alberto (ED 111-550).

De cualquier manera, esta aproximación seguramente autorizará al lector avieso a advertir que el desarrollo y consolidación de este supuesto de responsabilidad, en nuestro país, consolidó—valga la redundancia— una categoría un tanto imprecisa dentro de nuestro moderno derecho público³.

Algo similar a lo que acontece con otras nociones tales como la de poder de policía. En nuestra opinión esta vinculación dista de ser casual y nos revela que, en ocasiones, actuaciones estatales tradicionalmente aprehendidas dentro de la difusa noción de poder de policía verifican supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita. Y ello dado que bajo este rótulo—como señala Juan Martín González Moras⁴— en nombre del poder de policía el Estado interviene activamente en la planificación del destino común de una sociedad, actúa, irrumpe en la vida de los ciudadanos para mitigar las causas o los efectos de los trastornos que genera la vida en comunidad y es entonces que nuestro supuesto de responsabilidad en análisis surge, al verificarse sacrificios especiales como producto de tales intervenciones estatales.

Es entonces que la determinación de cuáles supuestos se comprenden en esta especie de responsabilidad, excede la tarea enunciativa de proponer los supuestos más frecuentes y presenta una complejidad mayor por cuanto, en muchas de las veces, se vincula—y entronca— con una noción tanto más discutida e imprecisa como lo es la del poder de policía; todo lo cual nos conduce en última instancia a la discusión acerca de los títulos de intervención del Estado argentino en concreto, por cuanto la teorización y el consecuente primer desarrollo de ambas categorías—nos referimos siempre al poder de policía como una de las formas de intervención estatal y su correlato en la responsabilidad por actuación lícita— nos revelan que han sido pensadas en forma originaria, a partir de nuestra realidad y para dar solución al complejo “caso argentino”, y desde la concepción de que la finalidad del Estado reside en el desarrollo de los medios posibles para gestar la nación.

Sostenemos que partiendo de esta originalidad de conformación del Estado argentino, se construyeron sus potestades de intervención y sus límites de actuación en términos originarios; esto es, extrayendo las trazas de los teóricos del Estado, fundantes del derecho público decimonónico, pero adaptándolas a las peculiaridades argentinas. En especial, nuestro sistema de responsabilidad estatal se erigió desde esta perspectiva.

³“Una de las primeras sorpresas que nos llevamos al compulsar las obras de aquellos países que han desarrollado autónomamente su propio derecho administrativo es la casi total ausencia de citas extranjeras que contiene. Aparte de algunas referencias iniciales para ubicar el propio derecho en el concierto de los sistemas jurídicos del mundo, las citas en las que se apoyan las opiniones de los autores norteamericanos y franceses se limitan a los fallos de sus propios tribunales y a la doctrina nacional...en realidad se trata de un derecho con impronta propia y definida [...]”. (*Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*, de Mairal, Héctor).

Por esta razón entendemos que la tarea de delimitación de los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita excede en mucho de la enunciación, presentación imprecisa y enumerativa de la casuística más frecuente. Aparece como una tarea más ardua. Dada su íntima vinculación con los límites del ejercicio de las potestades de intervención de nuestro Estado, nos pide un trabajo aún mayor.

PRIMERA CUESTIÓN: LAS CONEXIONES METODOLÓGICAS Y LOS POSTULADOS DE LA MODERNA TEORÍA DE LA JUSTICIA EN LA RESOLUCIÓN DE UN PROBLEMA DE DERECHO PÚBLICO

1. Importancia de la cuestión metodológica. Los planos de análisis en juego en la resolución del problema

Parafraseando a Kymlicka, si el siglo XX se ha caracterizado como “la era de la migración” porque cantidades ingentes de personas atraviesan las fronteras, sin dudas un fenómeno similar ocurrió en nuestro país respecto del errático desarrollo de las categorías fundamentales de nuestro sistema jurídico merced a la copiosa incorporación de teorías extranjeras para explicitar nuestro derecho.

Es un hecho que hemos producido una verdadera inmigración de categorías legales pertenecientes a sistemas jurídicos comparados pertenecientes a culturas jurídicas no solo disímiles entre sí sino que también opuesta a la nuestra. A la par hemos suprimido nuestro ordenamiento y con ello nuestras fuentes, nuestros valores metaconstitucionales comunes, desnaturalizando toda interpretación histórica y sistemática de las bases constitucionales de nuestro ordenamiento particular⁵.

Es entonces que los juristas y operadores del derecho del siglo XXI se encuentran llamados a intentar la reconstrucción del sistema, el cual se ve fragmentado y en estado disfuncional. La propuesta en la que me inscribo pretende discutir la necesidad de iniciar la mentada reconstrucción a partir del descubrimiento de la originalidad en que se articuló inicialmente nuestro ordenamiento⁶.

⁴ González Moras, Juan Martín, “Poder de policía de prosperidad y potestades de intervención del Estado argentino”, *Actualidad en Derecho Público* N° 14, p. 130.

⁵ Desde el derecho administrativo de finales del siglo XX, el prestigioso Profesor Héctor Mairal ya nos ha enseñado sobre esta crítica situación en la que se encuentra el derecho argentino al señalar: “[...] esta copiosa libación en las fuentes extranjeras, muchas veces pertenecientes a regímenes totalmente disímiles entre sí, es propia de todas nuestras disciplinas por haberse formado sobre modelos foráneos, adquiriendo en nuestro derecho administrativo una intensidad única”. Y es así que “el recurso continuo al derecho extranjero, cuando no se ha tenido en cuenta su compatibilidad con nuestro sistema jurídico, puede ser causa de confusión y aún de equivocaciones” (Autor y obra citada).

⁶ Cfr. Taylor, Charles, “[...] una de las formas de sostener la tesis histórica consiste en argumentar que una acertada explicitación reclama a menudo—aunque nunca se reduce simplemente a ello—recuperar las articulaciones anteriores que han caído en el olvido” (p. 32).

De allí la importancia de la conexión metodológica; la necesidad de recurrir a los postulados de la teoría de la justicia contemporánea que mejor contribuyan a la reconstrucción de nuestras instituciones desde un “pensar situado”, temporal y geográficamente. Y de allí entonces la necesidad de adoptar una actitud, si se quiere, filosófica

Recreando a Walzer, en “la actitud” pensamos que el primer impulso del filósofo es resistir a la exhibición de la historia, al mundo de las apariencias, y buscar una unidad subyacente⁷. Esa búsqueda presupone para él la formulación de las preguntas adecuadas. Y en este punto el problema más grave reside en las particularidades de la historia, de la cultura y de la pertenencia a un grupo. Incluso si favorecieran la imparcialidad, la pregunta que con mayor probabilidad surgirá entre los miembros de la comunidad política no será

¿qué elegirían los individuos racionales en condiciones universalizantes de tal y tal tipo?, sino ¿qué elegirían personas como nosotros, ubicadas como nosotros lo estamos, compartiendo una cultura y decididos a seguirla compartiendo?

Desde esta perspectiva, en los términos de Walzer, esta pregunta fácilmente puede transformarse en: ¿qué opciones hemos creado ya en el curso de nuestra vida comunitaria?, o en: ¿qué interpretaciones en realidad compartimos?

En función de lo expuesto y desde la perspectiva de las preguntas formuladas todo cuestionamiento y análisis que puedan llevarse a cabo para dar respuesta, y en especial a la problemática planteada en este trabajo, deberán ser iniciados desde “un pensar situado”⁸ que procure integrar los diferentes planos que necesariamente se encuentran imbricados en un problema de derecho público. En función de ello seguiré en este punto la distinción establecida al apreciar que la disfunción en la aplicación del ordenamiento jurídico y la consecuente pérdida de legitimidad de las instituciones se produce cuando esos planos que deben distinguirse no son integrados y a la vez no evolucionan al mismo tiempo y por lo tanto se impide establecer el nuevo modelo al que se aspira.

⁷ Walzer, Michael, *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y de la igualdad*, FCE, traducción de Heriberto Rubio, p. 18. Frente a la gran variedad de disposiciones e ideologías que nos exhibe la historia en torno de la justicia distributiva, sostiene la necesidad de que el filósofo se ubique, al menos de manera simbólica, en un único punto decisivo. En algún sentido el impulso del filósofo es inevitable, siendo preciso que existan principios que justifiquen tal opción y que a esta se le fijen límites.

⁸ En las palabras de Salomoni, quien remarca la necesidad de pensar las instituciones jurídico-administrativas desde el contexto nacional-regional al cual se destinan, “[...] en un mundo innegablemente globalizado, la revolución cultural necesaria para enfrentar este nuevo mundo, y dentro de ella, la subcultura jurídica, es volver, en mi opinión, sobre nuestras raíces y proyectar sus contornos, incorporando las distintas corrientes universales que verdaderamente sirvan a nuestros intereses culturales y materiales”.

Como adelantáramos más arriba, los planos de análisis son: 1) la concepción filosófico política que fundamenta y explicita la concepción del Estado en punto a su legitimidad de origen⁹; 2) el plexo constitucional integrado junto al ordenamiento supranacional; 3) el plano normativo conformado por el ordenamiento administrativo particular; 4) el plano fáctico, del cual nace y a quien va dirigida la institución de que se trate¹⁰.

Se advierte entonces que la disfunción se produce cuando el intérprete se encuentra que cambió la situación fáctica o la concepción filosófico política, pero se mantiene el antiguo ordenamiento¹¹.

⁹ Siguiendo a Salomoni, descubrimos que la referencia a la perspectiva filosófico política nos resulta ineludible para la comprensión de las cuestiones en juego. Sin embargo, el análisis del plano filosófico debe ser hecho desde la perspectiva de la visión histórica para lograr la contextualización. Siguiendo a Taylor, vemos que “la filosofía es una actividad que involucra esencialmente, entre otras cosas, el examen de lo que hacemos, pensamos, creemos y suponemos, en forma tal que sacamos más claramente a la luz nuestras razones, o bien tornamos más visibles las alternativas, o, de un modo u otro, nos ponemos en mejores condiciones para dar debida cuenta de nuestra acción, de nuestros pensamientos, de nuestras creencias o de nuestras suposiciones. En buena medida, la filosofía involucra la explicitación de lo que inicialmente se halla tácito”.

¹⁰ Sobre este punto creo necesario remitirme a las enseñanzas del Profesor Eduardo Barbarosch, quien en su trabajo titulado: “Sobre las posibles conexiones entre derecho y justicia en las concepciones teóricas contemporáneas”, señala: “La concepción de Hart sobre el derecho [...] tiene dos rasgos; por un lado, las reglas son reglas sociales de un grupo que comprende patrones de conducta seguidos regularmente por la mayoría de los miembros del grupo y, a la vez, una actitud normativa característica frente a dichos patrones de conducta que denomina aceptación. La aceptación es una disposición de los individuos a adoptar estos patrones de conducta como guías de su propia conducta futura y como parámetros de crítica que pueden legitimar exigencias y diversas formas de presión para la conformidad” (p. 27). Resulta de interés señalar que la interacción de los “cuatro planos” de análisis expuestos aparece reconocida en la citada obra del Profesor Barbarosch, quien en sucesivos pasajes señala que “el derecho no solo se presenta como un fenómeno social que puede ser descripto en el tiempo y en el espacio y como existiendo en determinados grupos sociales, sino además como juicios de deber que se utilizan en acciones y decisiones”. De allí el profundo error que el Profesor Barbarosch enrostra a la tesis de Raz sobre el “reduccionismo semántico”, pues: “[...] se pierde un aspecto relevante del derecho ya que las normas funcionan como parte de razonamientos prácticos justificatorios de acciones y decisiones”. (Autor y obra citados, p. 26).

¹¹ Siguiendo al Profesor Eduardo Barbarosch en la obra citada, creemos que el proceso de verificación de la presencia de disfunciones del sistema jurídico nos advierte de las posibles conexiones entre derecho y justicia. Las enseñanzas que en términos rawlsonianos nos imparte el Prof. Barbarosch constituyen una necesaria referencia en la cual abreviar para el desarrollo de nuestras ideas, sin perjuicio de las distinciones que podrán advertirse. El Profesor señala: “Todavía puede insistirse si Rawls no introduce en alguna parte de su obra alguna tesis que implique una conexión necesaria entre derecho y justicia [...]. En ‘Teoría de la Justicia’, Rawls intenta conciliar dos ideales en tensión, que son la libertad e igualdad [...] acordados los dos principios Rawls argumenta cómo podrían instrumentarse en las instituciones sociales [...] La secuencia de cuatro etapas por la cual el primer principio se instrumenta en la constitución y las dos partes del segundo en la legislación, no constituye además una exigencia de la teoría para fundar la validez del orden jurídico. La secuencia de Rawls forma parte de una teoría moral y no pertenece a la descripción del funcionamiento de las constituciones reales [...] Si una constitución y la legislación real no instrumentan dichos principios podrá decirse que las instituciones son injustas, que tienen que ser abolidas, pero no se deriva de ello que el derecho sea inválido”.

En función de esto es deseable que los cuatro estamentos deban ser homogéneos entre sí en un grado tal que permitan soluciones a los problemas que puedan plantearse dentro del propio sistema¹².

La evolución histórica desigual de los planos trae aparejada una deslegitimación del ordenamiento jurídico produciendo una crisis de credibilidad de las instituciones democráticas creadoras y aplicadoras del sistema. Y su consecuencia será que el intérprete deba colocarse en situación de ser el ordenador del sistema, y para ello deba utilizar argumentaciones no jurídicas para resolver cuestiones jurídicas, ya que el propio ordenamiento no le da solución a la nueva cuestión planteada.

Así el intérprete argumenta política, sociológica, económicamente para llegar a soluciones jurídicas, las cuales cree fuera del ordenamiento. En consecuencia, es imposible pensar que cualquier ordenamiento jurídico - público pueda descontextualizarse de una Teoría del Estado, y a su vez, de su plasmación constitucional y de los supuestos fácticos comprendidos en ella¹³.

Como conclusión se verifica la circunstancia de que al no poder distinguirse con claridad los planos implicados en un problema jurídico - público, se sigue el acaecimiento de una profunda confusión de ideas y pérdida de contenido de las proposiciones utilizadas. Ello no es otra cosa que la pérdida de la “idea”, de la “noción de conjunto” en los términos descritos por Zagrebelsky: cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho positivo se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y que son confusas para el público¹⁴. En mi opinión, de ello se derivan las siguientes conclusiones.

¹² Siguiendo las enseñanzas del Profesor Barbarosch, puede advertirse una conexión entre la homogeneidad de los cuatro estamentos producto de una evolución histórica “no desigual” y el recurso rawlsiano a la tradición considerada como una constante histórica, como fundante de la legitimidad del sistema. Rawls, en este punto, “hace una concesión muy profunda a las ideas comunitaristas que no se compadece con una formulación de un liberalismo deontológico” (p. 36). Y ello –siguiendo al Profesor Barbarosch– tras haber recurrido a la obra de Philip Soper, para quien “un sistema jurídico debe respetar determinados derechos si quiere dar lugar a obligaciones moralmente vinculantes en vez de limitarse a la coerción” (p. 35).

¹³ Salomoni, pp. 22-26. Desde la perspectiva habermasiana remata el autor: “Los juristas que, no obstante sostener ideologías que comprenden a todos esos planos, no los explicitan o los ocultan, escudados en la supuesta apoliticidad de la ciencia jurídica, están coadyuvando a la deslegitimación del derecho”. Y concluye: “[...] se olvida que el jurista desde su situación de conocer y comprender debe ser igual al del politólogo, es decir, debe integrar los planos del conocimiento para comprender al ordenamiento jurídico en su doble vinculación con el Estado y la sociedad, su sentido, y su legitimidad” (p. 27).

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, p. 9. Enseña que, en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la “cosa” misma, como explica el autor que sucede en la Constitución de Gran Bretaña o en el Estado de Israel.

En primer lugar, de la visión general y la clara comprensión de la articulación de los planos implicados, se obtiene una idea del derecho, que como me aventuré a exponer, parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones que hoy operan en la práctica.

Pero asimismo, de la pregunta por los planos implicados deriva una cuestión aún más importante, la contextualización del objeto que se discute, sus orígenes y finalidades; esto es, la pregunta por lo que realmente se está discutiendo, de lo que está en juego.

Pensamos que ello nos dejará al descubierto las fisuras del sistema y la coexistencia de concepciones o visiones antagónicas.

En segundo término, pensamos que este descubrimiento motivará “nuestra opción” ya que, en realidad, no podemos permanecer indecisos después de haber comprendido qué es lo que está en juego, a causa de la relación que se nos presenta entre concepciones y modelos antagónicos.

Finalmente, la contextualización del problema se obtiene por la pregunta por la evolución simétrica o asimétrica de los planos implicados en un marco histórico situado. Así vemos que no es lo mismo el debate sobre los poderes de intervención del Estado en la Inglaterra de finales de la década de 1970 que en la Argentina de finales de la década de 1980, por cuanto difieren el contexto temporal, social, cultural, histórico, territorial y principalmente económico en el cual se operaron las respectivas crisis del Estado y los ordenamientos.

Ello debiera implicar que la solución al problema deba buscarse a partir de las peculiares realidades provenientes del contexto en el cual se plantearon. Y ello debiera implicar la imposibilidad de producir extrapolaciones compactas cerradas sin fisuras de principios, técnicas y reglas importadas.

Sin embargo, insistimos, ello no sucedió en nuestro país. De allí que para nosotros sea imperioso iniciar la reconstrucción situada de nuestro ordenamiento, de las condiciones de producción inicial, su evolución y vigencia actual, y del descubrimiento de su originalidad y peculiaridades que al perfilarlo como sistema le otorguen sus características propias y lo distingan de los sistemas comparados.

Veremos que tales concepciones se hallan en esa relación debido al modo en que han llegado a insertarse en la historia y en las prácticas de nuestra civilización. De allí la importancia de la conexión histórica para comprender la conformación del sistema mediante la observancia de su evolución en su ámbito de validez.

Es indudable que las cuestiones surgen dentro de una cultura y de una historia; dentro de un conjunto de prácticas.

En el marco propuesto, sin dudas necesitamos de la comprensión histórica y de la comprensión de sus principios de justicia a través de una teorización compatible con los términos planteados, que postulen la recreación de un pensar situado concibiendo al ordenamiento como fruto de valores comunes y tradición contextualizada.

La conexión metodológica expuesta nos advierte que nos encontraremos en una situación muy distinta si oponemos dos concepciones procedentes de culturas y de historias muy

distintas. Si al operador jurídico se lo llama a decidir un caso en el cual se contraponen o yuxtaponen normas provenientes de modelos distintos o antagónicos, se encontrará inmerso en el cuadro de situación expuesto, en el cual tendrá que “salir del ordenamiento” para argumentar en términos no jurídicos una solución no jurídica con la cual “reingresar al ordenamiento”. Y allí la disfunción, o más grave aún, la aporía.

Parafraseando a Charles Taylor¹⁵, no estoy diciendo que cuestiones como esas sean finalmente imposibles de decidir; pero es claro que al encararlas no tenemos la más remota idea de cómo manejarse en la tarea de dirimirla a menos que se parta del presupuesto previo de elaboración de un lenguaje común. Y esto quiere decir: un conjunto de prácticas en común. La teorización a partir del pensar situado.

Esto último implica, en la formulación de Taylor, que tendríamos que haber crecido juntos como civilizaciones para que pudiésemos ver cómo juzgar¹⁶.

Es que la justicia, como explica Walzer desde una perspectiva próxima, es una construcción humana, y es dudoso que pueda ser realizada de una sola manera. En cualquier caso, he de empezar dudando.

Las preguntas que plantean las teorías de la justicia distributiva consienten una gama de respuestas, y dentro de esa gama hay espacio para la diversidad cultural y la opción política. No es solo cosa de aplicar un principio singular determinado o un conjunto de principios en momentos históricos distintos.

Siendo ello así advertimos con Walzer que los principios de justicia son en sí mismos plurales en su forma; que bienes sociales distintos deberían ser distribuidos por razones distintas ya que todas estas diferencias derivan de la comprensión de los bienes sociales mismos, lo cual es producto del inevitable particularismo histórico y cultural¹⁷, y asimismo territorial.

De allí el recurso a las aportaciones de la teoría de la justicia contemporánea. Creemos que por intermedio de sus postulados nos será permitido comprender la necesidad de que el sistema jurídico –nuestro sistema– sea el fruto de la construcción histórica situada.

¹⁵ Taylor, Charles, “La Filosofía y su historia”, p. 46, en AA. VV., *La Filosofía en la historia, ensayos de historiografía de la filosofía*, Ediciones Paidós, 1990.

¹⁶ Autor y obra citada, p. 46. Señala que la comprobación de estos límites de la razón filosófica muestra otro modo de identificar el error de la concepción filosófica no realista pura, ya que solo tendría sentido para un sujeto enteramente sin conexiones y equidistante de todas las culturas. La imagen de un sujeto así es, por supuesto, otra de las nociones originadas por la tradición epistemológica. Y éste es acaso otro de los aspectos en que los que del derrumbe del modelo epistemológico concluyen una suerte de concepción no realista última, ponen de manifiesto que aún no se han emancipado enteramente de aquel (*op. cit.*, pp. 46-47).

¹⁷ Cfr. Walzer, Michael, *op. cit.*, p. 19.

Partiendo de sus fuentes originarias, nos será permitido la revisión de las categorías fundamentales del sistema, las derivaciones normativas y sus concreciones jurisprudenciales; reparando así las disfunciones existentes en nuestro fragmentario sistema jurídico vigente, permitiéndonos así reconectarnos con las fuentes de nuestro sistema y nuestras bases constitucionales¹⁸.

Pensamos que en ello finca la reconciliación con nuestra tradición comunitaria, con nuestra identidad perdida. De allí el sentido del análisis al que invitaremos a continuación, el cual constituye un momento anterior a la búsqueda de los valores comunes y bases constitucionales a partir del cual pueda repensarse nuestra identidad jurídica en punto a la responsabilidad del Estado.

2. En busca de los postulados del pensar situado

La moderna doctrina *jus* publicista argentina coincide al poner de relieve la copiosa libación de citas y fuentes extranjeras y la asistemática y acrítica incorporación a nuestro derecho de categorías jurídicas foráneas en muchos casos incompatibles con nuestra tradición jurídica y sistema constitucional. Hemos dado cuenta de su incidencia en la producción de disfunciones, al producir evoluciones desiguales en los distintos estamentos necesariamente vinculados.

Así, se verifican incorporaciones al plano normativo incompatibles con el plexo constitucional, junto con interpretaciones jurisprudenciales que concretan un plano fáctico desvirtuando el modelo de Estado teorizado desde una concepción filosófico política determinada, produciendo aporías que conducen a una verdadera Babel de nuestro sistema.

Se hace necesario, entonces, la búsqueda de los postulados adecuados de la Teoría de la Justicia para la solución del problema apuntado.

Pero asimismo se advierte que ellos no pueden provenir de posturas disímiles, sino que deben ser apropiados para la situación descrita y tratándose de un problema de derecho público se requiere que posean una cierta coherencia con las bases constitucionales de nuestras instituciones *jus* publicistas y nuestro modelo de Estado y sus poderes de intervención delineados en el Texto Constitucional.

Por tal razón juzgamos inapropiadas las tendencias que postulan un Estado Mínimo, y de la misma manera las que propugnan la existencia de valores abstractos de justicia predicables a distintas realidades y latitudes.

¹⁸ En este punto creemos útil citar un pasaje del pensamiento de Charles Taylor (*op. cit.*, p. 44) que mejor sustenta nuestra idea: “Para entender acabadamente dónde nos hallamos, tenemos que entender cómo hemos llegado al lugar en que estamos. Tenemos que regresar al último descubrimiento nítido, el cual, en el caso de las cuestiones filosóficas, será una reformulación. Por ello hacer filosofía, al menos si ello involucra tales nuevos análisis creativos, es inseparable de hacer historia de la filosofía”.

Por el contrario, estimamos conveniente abreviar en aquellas otras que atenuando los postulados del liberalismo deontológico, promueven la búsqueda de un pensar situado, y que conciben a las instituciones como el necesario producto de la tradición “societal” y de una evolución local que partiendo de los valores comunes de pertenencia a una comunidad temporal y geográficamente situada permitan la realización del valor justicia y su concreción en el ordenamiento particular.

Dadas las notables disfunciones que pueden determinarse en la actual presentación de nuestro derecho público, debido a la acrítica y asistemática incorporación de categorías incompatibles con nuestras bases constitucionales, la supresión de nuestra tradición jurídica y su sustitución por una imagen de sistema compuesta por una variedad inagotable de visiones fragmentarias que coexisten yuxtapuestas, se requiere superar el presupuesto de que la imagen establecida es la única que puede concebirse. Pero para hacerlo debemos tomar una nueva posición respecto de nuestras prácticas. En lugar de vivir con ellas y tomar la versión de las cosas implícita en ellas como el modo en que las cosas son, tenemos que comprender cómo han llegado esas prácticas a la existencia, cómo llegaron a encerrar una determinada visión de las cosas.

Citando a Charles Taylor, creemos que para anular el olvido debemos explicarnos a nosotros mismos cómo ocurrió, llegar a saber de qué modo una imagen fue deslizándose desde su carácter de descubrimiento al de presupuesto tácito. Pero ello representa una explicación que restituye las formulaciones a través de las cuales tuvo lugar su fijación en la práctica.

Es entonces que librarnos del presupuesto del carácter único del modelo exige que pongamos al descubierto los orígenes¹⁹.

Desde la posición adoptada puede advertirse la necesidad de que nuestra identidad jurídica se encuentre marcada por nuestra pertenencia a identidades comunes. Estamos insertos en comunidades que asociadas forman el Estado sobre el cual nos asentamos y prácticas que conforman nuestra esencia.

Desde esta postura advertimos que existe consenso en la necesidad de postular la construcción de los principios de justicia y las bases de nuestro ordenamiento a partir de: la identificación de valores comunes y el reconocimiento de que el derecho es ante todo un fenómeno cultural, el cual para su realización requiere de un Estado intervencionista, no regulador y tampoco neutral: comprometido con la promoción de valores comunes.

Así, podría pensarse que ello es afín con los postulados del progreso - prosperidad en términos *alberdianos*, e inherente a los valores constitucionales plasmados en nuestra reforma constitucional de 1994 en la cláusula 75, incs. 17 y 18. En consecuencia, veremos que la finalidad de la intervención estatal residirá en el establecimiento de ciertas condiciones institucionales que permitan y fomenten la plena actividad de los particulares²⁰.

¹⁹ Taylor, Charles, *op. cit.*, p. 36.

²⁰ Lo expuesto es en los términos en los cuales se critica de atomista la posición liberal. Cfr. Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, p. 130.

De allí que la justicia surja como una “virtud remedial”²¹ necesaria cuando se verifica la insuficiencia de los valores comunes. Esto implica que la justicia deba nutrir su contenido a partir de las prácticas comunes y su derivación necesaria será el hecho de que el sistema legal solo sea el producto de un pensar situado.

Para comprender las ideas expuestas recurriremos al pensamiento de dos autores: Will Kymlicka y Michael Walzer, en punto a los elementos que sirven de basamento al desarrollo del pensar situado. Nos referimos a la importancia de las identidades y pertenencias, y cómo estas se verifican en la comunidad mayor –el Estado– incidiendo en la formación de la tensión sociedad civil-Estado como presupuesto de hecho o base fáctica particular, que requerirá del desarrollo de técnicas de intervención estatal adecuada para la satisfacción de ese plano fáctico del cual surge la necesidad y hacia el cual va dirigida la norma. Con ello entendemos que en definitiva estaremos abordando el proceso de conformación del derecho público.

El punto de inicio lo tomamos en Kymlicka. Para él, la Nación significa una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente que ocupa un territorio y comparte elementos culturales diferenciados. Es así que la noción de Nación se emparenta con la de cultura, donde la Nación significa una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciada²².

Kymlicka identifica dos elementos: nación - cultura. A esta última la definirá como las costumbres o la civilización de un grupo o un pueblo. Si cultura alude a las costumbres de un grupo, resulta obvio que los diversos grupos con estilos de vida propios posean sus propias culturas y, es entonces que en todo Estado se verificará una confluencia de culturas, o dicho en términos del autor citado, un “multiculturalismo”. Sin embargo, aún en dicho supuesto encontraremos siempre una importante identidad personal y de vida política que perfilará el desarrollo interno de instituciones propias de las prácticas sociales donde tuvieron lugar y condicionará la vigencia y consenso de aquellas otras que resulten ajenas a la “cultura societal”²³.

En su obra *Ciudadanía Multicultural*, el autor nos demuestra cómo la libertad de elección al igual que las instituciones de una sociedad dependen de las prácticas sociales, de los significados culturales y de la existencia de una lengua compartida. Será entonces que nuestra capacidad de formar y de revisar un concepto del bien está íntimamente ligada a nuestra pertenencia a una cultura societal, puesto que el contexto de elección individual consiste en la gama de opciones que nos ha llegado a través de la cultura²⁴.

²¹ La justicia como virtud remedial, resulta explicada por Gargarella, en la obra citada, p. 134.

²² Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, 1996, p. 26.

²³ Autor y obra citados, pp. 35 y 36.

²⁴ Autor y obra citados, p. 177.

En este sentido, queda claro el rol central del Estado en el proceso de conformación de los valores comunes y la *cultura societal*, base del ordenamiento jurídico. Kymlicka desarrolla su obra desde un modelo de Estado intervencionista, quizás en términos hegelianos podríamos afirmar que en su discusión de parte de un Estado como mediador de las fuerzas sociales que requiere y a la vez encuentra a una ciudadanía co-actora de los procesos políticos, fuertemente comprometida, legitimada y apoderada para actuar, atributos de lo que para las modernas expresiones del comunitarismo será la ciudadanía virtuosa²⁵.

Sin embargo, ello no implica la posibilidad de un abstencionismo ni de un poder desregulador. Si bien estos términos no resultan empleados, queda en claro la presencia de un Estado muñado de instrumentos de intervención. Los mecanismos procedimentales e institucionales no bastan para equilibrar los intereses de cada uno, por lo cual es necesario un cierto grado de la aludida virtud cívica y espíritu público. Y concluye señalando: sin ellos las democracias son difíciles de gobernar e incluso inestables²⁶.

Existe un punto de contacto entre el pensamiento de Kymlicka y Walzer, en cuanto ambos reconocen la necesidad de que se produzca una retroalimentación entre Estado - Sociedad Civil por intermedio de los vínculos de pertenencia que van moldeando a una comunidad. El segundo autor señala que el Estado debe algo a sus habitantes, simplemente sin relación con su identidad colectiva o nacional. Al menos inicialmente la esfera de la pertenencia está dada: las mujeres y hombres que determinan lo que la pertenencia significa y dan forma a las políticas de admisión de la comunidad política, son simplemente hombres y mujeres que están allí. Los nuevos Estados y gobiernos hacen las paces con los antiguos habitantes de la tierra que gobiernan²⁷.

El problema planteado por Kymlicka de admisión y exclusión, su superación por la identidad mayor del Estado multicultural y sus efectos, se encuentra presente en Walzer, al punto de encontrar sus efectos sobre la conformación de instituciones propias producto de los valores compartidos, el valor justicia y sus concreciones en un Estado determinado. Así encuentra en juego la configuración de la comunidad que obra en el mundo, ejerce la soberanía, y así sucesivamente. La admisión y la exclusión se hallan en el núcleo de la independencia de la comunidad. Sugieren el significado más profundo de la autodeterminación. Sin ellas no podría haber comunidades de carácter históricamente estables, asociaciones continuas de mujeres y hombres con algún compromiso especial entre sí y un sentido especial de su vida en común²⁸.

²⁵ Cfr. Kymlicka, obra citada, p. 242. Sostiene que muchos liberales clásicos creyeron que una democracia liberal podía asegurarse mediante la creación de controles y equilibrios. Los mecanismos institucionales y procedimentales como la separación de poderes, servirían para disuadir a los posibles opresores. Aún cuando cada persona persiguiese su propio interés, un conjunto de intereses privados controlaría al otro. De este modo, Kant consideró que el problema del buen gobierno “podía solucionarse aún tratándose de una raza de diablos”.

²⁶ Kymlicka, obra citada, p. 242.

²⁷ Walzer, Michael, *op. cit.*, pp. 55 y 56. El autor clarifica su postura con el ejemplo de los imperios multinacionales europeos de Otto Bauer. Señala que las comunidades nacionales que Bauer quería preservar llegaron a existir y sobrevivieron por siglos, sobre la base de la coexistencia geográfica, lo cual determina para él la existencia de fuertes identidades nacionales producto del nexo de pertenencia entre pueblo y tierra.

²⁸ Cfr. Walzer, *op. cit.*, p. 73, siguiendo el término de comunidades de carácter de Otto Bauer.

Así las cosas, el valor pertenencia se jerarquiza al punto de erigirse en conformadora histórica de la comunidad. La pertenencia será importante porque es lo que los miembros de una comunidad política se deben unos a otros, a nadie más en el mismo grado. Y lo primero que se deben entre sí es la previsión comunitaria de la seguridad y el bienestar²⁹. En términos “alberdianos”, podríamos aventurar una conexión con la prosperidad como fundante de los fines de la actuación estatal y de los recíprocos poderes ciudadanos de control y todo ello residiendo en forma expresa en nuestro texto constitucional.

Esta conexión apuntada entre fines del Estado - control social, Walzer la reconoce en los términos de previsión comunitaria. Así, el contrato social es un acuerdo para llegar con otros individuos a decisiones sobre los bienes necesarios para nuestra vida común, y después para proveernos unos a otros de esos bienes. Los firmantes se deben entre sí más que la mutua asistencia, pues esta se la deben a cualquiera. Se deben la previsión mutua de todas aquellas cosas en virtud de las cuales se han separado del resto de la humanidad, considerada como un todo, y han unido sus fuerzas en una comunidad particular³⁰.

Sin embargo, la necesidad de una “previsión comunitaria” surge—o más bien se justifica— a partir de advertir que nunca ha existido una comunidad política que no cumpliera, o intentara cumplir, las necesidades de sus miembros tal y como sus miembros entienden esas necesidades³¹.

Es entonces que llegamos en los términos de Walzer a la conexión “alberdiana” de la prosperidad, al decir: los derechos al bienestar se establecen sólo cuando una comunidad adopta algún programa de previsión mutua. Y en ello encuentra que no se trata de argumentos sobre derechos individuales sino de argumentos sobre el carácter de una comunidad política en particular³².

3. Conclusiones parciales

1. Hasta aquí hemos visto cómo nuestra identidad constitucional se encuentra profundamente marcada por nuestra pertenencia a una comunidad y a determinadas prácticas histórico - jurídicas sin las cuales dejaríamos de ser quienes somos.

2. Esta identidad se expresará en valores comunes metaconstitucionales. De allí la importancia del descubrimiento de valores constitucionales que son propios y a la vez originarios.

3. Tales valores no estamos ahora eligiéndolos para proyectar una fundamentación constitucional, sino que por el contrario los estamos descubriendo partiendo de una conexión metodológica que nos permite abarcar los planos de argumentación que necesariamente quedan implicados en un problema jurídico.

²⁹ Cfr. Walzer, *op. cit.*, p. 75.

³⁰ Autor y obra citados, p. 75.

³¹ Autor y obra citados, p. 78.

³² Autor y obra citados, p. 89.

4. El proceso del descubrimiento de los valores será el primer paso en el trabajo de erradicación de disfunciones de nuestro ordenamiento. Tiene como un componente central el de reconstrucción de la evolución histórica de los planos implicados en el desarrollo de una institución jurídica. Lleva implícita la recreación de sus fuentes originarias.

5. Finalmente hemos visto que lo expuesto solo puede producirse “mirando hacia atrás”³³, hacia nuestras propias prácticas histórico-situadas, argumentando desde una perspectiva adecuada en términos de teoría de la justicia.

En lo que sigue nos ocuparemos de cómo impacta la perspectiva asumida en el proceso de búsqueda de nuestros valores constitucionales.

4. La incidencia del pensar situado en la búsqueda de los valores constitucionales

Desde la perspectiva elegida vemos que en alguna medida los derechos en sí mismos son históricos porque, por más ascendencia o fuerte suprapositiva o extrapositiva que se les reconozca, son captados, pretendidos, propuestos, valorados o formulados normativamente como derechos de acuerdo a las necesidades humanas y sociales en cada circunstancia de lugar y de tiempo conforme a las valoraciones colectivas y a los bienes apetecidos por una determinada sociedad y son el resultado del proceso evolutivo, deseablemente simétrico, de los cuatro planos implicados³⁴.

Creemos que esta retroalimentación deseada de los postulados filosófico políticos, el plexo constitucional y normativo, sobre el plano fáctico, solidifica la perspectiva histórica adoptada. Ello por cuanto los acontecimientos se conocen, se interpretan y se comprenden tomando en cuenta la duración histórica de los procesos, y no los resultados inmediatos; es decir, haciendo una medición temporal e histórica de conjunto, sin fraccionar el curso en momentos aislados y sin hacer perder a esos momentos la conexidad sucesiva y acumulativa del tiempo histórico³⁵.

SEGUNDA CUESTIÓN: EN BUSCA DE LAS BASES CONSTITUCIONALES ORIGINARIAS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTUACIÓN LÍCITA

1. Sobre los valores de nuestro sistema constitucional

Veamos ahora cuáles son las implicancias que la posición asumida puede ofrecernos en el proceso de recreación axiológica del texto constitucional argentino.

³³ Cfr. Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, op. cit., p. 127, citando a Michel Sandel, “El liberalismo y los límites de la justicia”.

³⁴ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ediar, p. 477.

³⁵ En este punto seguimos el pensamiento de Bidart Campos, en *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 26, 27 y siguientes.

Siguiendo el pensamiento de Bidart Campos, la primera afirmación que podemos realizar estriba en el reconocimiento de que si bien el Estado argentino comienza en 1853 con la constitución sancionada, precede cronológicamente a su nacimiento una larga etapa cuyo punto de partida puede hacerse arrancar en 1810.

Ello es de interés para nuestro trabajo porque veremos entonces que por Constitución argentina no entendemos el mero conjunto de artículos escritos en un texto codificado, sino toda una estructura de organización y de orden que compone y da forma a nuestro Estado.

Así, el período de 1811 a 1831 suministra una atractiva perspectiva en cuanto a la formación del conjunto de valores comunes, originales y propios que más adelante serán aprehendidos como valores constitucionales e identificarán al modelo de Estado plasmado en nuestra Constitución, dado que en sus veinte años se intenta encontrar la forma y la fórmula de la organización nacional³⁶.

Con ello queremos significar que la Constitución de 1853, no por ser nueva y originaria del Estado que empezó a existir con ella, careció de ciertos contenidos recibidos de nuestro pasado.

Porque ni los hombres que formaron nuestro Estado, ni el territorio que sirvió de base geográfica a su convivencia fueron nuevos.

Así, vemos que la estructura social asentada en ese territorio tenía adquiridos ciertos caracteres por influencia del medio, la cultura, la historia y creencias vigentes, de todo el repertorio de tradiciones anteriores y posteriores a 1810³⁷.

El resultado de ello conformará un plexo de valores comunes, que resultará aprehendido por nuestros Padres Fundadores, pero principalmente por quien sintetizará ese marco axiológico, convirtiéndolo en un verdadero programa de gobierno, Juan Bautista Alberdi.

2. Sobre la originalidad de nuestro texto constitucional

En la búsqueda de la superación del mito de la inspiración angloamericana de nuestro texto constitucional³⁸, ya la doctrina *ius* publicista del siglo XX sostuvo que la Constitución de 1853 fue una constitución nueva, que articuló un programa a cumplirse en el futuro. Así se ha advertido el deber ser originario de la Constitución, como un deber ser real, propio

³⁶ Cfr. Bidart Campos, Germán, *Historia e ideología...*, op. cit., p. 14.

³⁷ Cfr. Bidart Campos, Germán, *Historia e ideología...*, op. cit., p. 134. Siguiendo el pensamiento del ilustre Profesor y la línea argumental de Taylor, Walzer, Kymlicka, creemos que para un acabado dimensionamiento del problema debemos acudir a Habermas, Jürgen, en *Facticidad y validez*. Desde la perspectiva adoptada, y en punto a las conexiones existentes entre “derecho administrativo” y la importancia del medio en el cual se tensa la relación sociedad civil-Estado para el desarrollo del sistema jurídico y la importancia del pensar situado como presupuesto para el test de sistematicidad del plano normativo sugerimos ampliar en la obra del Profesor Jorge Salomoni, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

³⁸ Para una mayor comprensión de las aristas del tema, las disfunciones originadas por esta interpretación y sus implicancias en el derecho administrativo contemporáneo sugerimos ampliar en Salomoni, *Teoría General de los Servicios Públicos*, op. cit., Caps. I y II.

del mandamiento emitido por los constituyentes; pero dado que ese deber ser real del momento originario había de seguir siéndolo, lo que equivale a decir que la Constitución debía cumplirse en el futuro, sus normas debían funcionar y adquirir vigencia³⁹.

Esa puesta en funcionamiento y ese proceso de validación tuvo inicio en nuestro país de forma original y diferenciada de los sistemas comparados mediante el proceso de moldeo histórico que se llevó a cabo con la primera producción legislativa y la primera producción jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal en un período que infortunadamente no superó la década de 1880⁴⁰.

Si bien un análisis pormenorizado de la cuestión excedería en mucho los propósitos de este trabajo, creemos que el lector avieso advertirá en la fecha propuesta el comienzo de un proceso de desarrollo disfuncional de nuestro derecho público que tuvo lugar en primer término por la incorporación en bloque de la interpretación constitucional americana. En segundo término, sobre finales del siglo XIX⁴¹ y consolidándose hacia mitad del siglo XX, en un proceso más intenso y devastador de nuestras fuentes originarias, se produjo una incorporación que con acierto puede ser atacada de acrítica, ahistórica y asistemática de categorías del derecho público continental europeo, muchas veces opuestas entre sí⁴².

Es entonces que equivocadamente se afirmaba en el pasado que nuestra Constitución no era más que una copia cuasi literal de la norteamericana. A más de lo dicho, coincidimos en que tal vez dicha impresión haya surgido del propio Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales al expresar que el proyecto de Constitución estaba “vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”⁴³.

Sarmiento, al calor de las refriegas políticas de la época, sostuvo esa tesis en su obra *Comentarios de la Constitución Argentina de 1853*, si bien su crítica se dirigía a todos aquellos aspectos en que el Congreso Constituyente se había apartado del modelo norteamericano. Estas críticas provocaron la respuesta de Alberdi en su “Estudio sobre la Constitución Argentina de 1853”. Sostuvo Alberdi, razonadamente, que la originalidad del texto de 1853 fincaba en todos aquellos artículos que estaban vinculados a los antecedentes históricos específicos de nuestro país.

³⁹ Cfr. Bidart Campos, Germán, en *Historia e ideología...*, op. cit., p. 132.

⁴⁰ Si bien excede la finalidad del trabajo, no está de más señalar que con fundamento en una obra publicada por la entonces Presidencia de la Nación, nuestro Máximo Tribunal comenzó a desarrollar interpretaciones constitucionales en sus Fallos mediante la cita directa de los precedentes de la Corte Federal Norteamericana. La obra referida es de Nicolás Calvo, “Tres mil sentencias de la Corte Federal Norteamericana concordadas con los artículos de la Constitución Nacional”.

⁴¹ De esta circunstancia ya advertía Lucio Vicente López en sus *Apuntes sobre Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1890.

⁴² Sobre este punto sugerimos ampliar en Salomoni, Jorge, *Teoría General de los Servicios Públicos*.

⁴³ Cfr. Lorenzo, Celso Ramón, *Manual de Historia Constitucional Argentina*, T. I, p. 147 y Galletti, Alfredo, *Historia Constitucional Argentina*, T. I, p. 253.

En las propias palabras de Alberdi, quizás con sentido visionario, le enrostró a Sarmiento el poner “[...] a un lado la vida anterior de la República Argentina; él se apodera del texto desnudo y seco de su Constitución reciente; la sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos”.

Creemos que sobre las consecuencias de lo dicho tratan las disfunciones esbozadas y el esfuerzo metodológico, filosófico e histórico de búsqueda de nuestras bases constitucionales.

Si bien la Constitución de Filadelfia ha servido de fuente en algunos aspectos a nuestros padres fundadores, lo cierto es que no puede ya aseverarse que haya sido tomada como una copia servil desde que nuestra Constitución tiene sendas diferencias con su modelo.

Entre las diferencias que encontramos y posee directa vinculación con la responsabilidad estatal figuran la consagración de la garantía constitucional de igualdad de todos los habitantes ante la ley (Art. 16) y la abolición de la esclavitud (Art. 15), cláusulas que pensadamente fueron incorporadas dentro del libro de las declaraciones, derechos y garantías.

En punto a esto último debe destacarse la originalidad de nuestro sistema constitucional de garantías.

Así, se advierte que los derechos que el constitucionalismo angloamericano incorporó por enmiendas posteriores no poseen ni la sistematicidad de la Constitución argentina ni la extensión en cuanto a la protección brindada, por razones que exceden a este trabajo.

A más de ello debe tenerse en cuenta que semejantes cláusulas como la 15 y 16 no existían en la Constitución norteamericana para 1853. La abolición de la esclavitud recién adquirió rango constitucional con la Enmienda XIII incorporada casi al final de la guerra de secesión de 1865⁴⁴.

En el mismo sentido nuestra más calificada doctrina *ius* publicista contemporánea sostiene que la Constitución de Filadelfia de 1787 no contenía en su texto originario una declaración de derechos. Hubo que aguardar unos años hasta que hizo las veces de tal el grupo de las diez y las catorce enmiendas primeras⁴⁵. Enmiendas que no resultan comparables a la sistematicidad de las garantías de nuestro constitucionalismo.

Bien dijo tempranamente nuestra Corte Suprema que “en todo lo que expresamente nos hemos separado del modelo norteamericano, nuestras instituciones son originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que la que establezcan nuestros tribunales [...]” (*Fallos*: 68:235).

Finalmente entendemos necesaria la referencia a la finalidad, expresada por Alberdi, de los institutos previstos por nuestra Constitución de “[...] sacar al continente latinoamericano del estado oscuro y subalterno en el que se encuentra”⁴⁶. ¿Estaba pensando ya en el proceso de integración comunitaria latinoamericana?

⁴⁴ Lorenzo, Celso, p. 253.

⁴⁵ Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., “El sistema de los derechos”, p. 476.

⁴⁶ Se ha afirmado certeramente que las bases de Alberdi resultaron la fuente por antonomasia de nuestra Constitución (sugerimos ampliar en Lorenzo, *op. cit.*, p. 254, siguiendo el desarrollo de Galleti, Alfredo, “Historia Constitucional Argentina”).

3. La incidencia de la perspectiva filosófica asumida sobre la interpretación constitucional

Llegados a esta altura creo útil reflexionar brevemente acerca de si las conexiones y postulados anteriormente desarrollados concurren a la formación de una hermenéutica constitucional.

Creo que desde la perspectiva histórica adoptada, no hay lugar para interpretaciones literales o gramaticales. Siguiendo a Nino, parafraseando al Juez Marshall, pienso que no debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando, una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos⁴⁷.

Y fiel a ello pienso que un proceso que parta de la recreación del pensar situado para la búsqueda de los valores comunes logrará reconstruir la llamada “intención del constituyente” mediante la reconexión de los valores jurídicos olvidados –meta constitucionales–, fruto de las identidades y pertenencias.

Coincido en que la intención del constituyente es una construcción a partir de un cúmulo de valoraciones. Frente a esto bien se puede sostener que es más honesto aplicar directamente esas valoraciones para la selección del significado del texto a interpretar sin la intermediación de esa intención. Como dice Ross, en última instancia, la diferencia entre una interpretación objetiva y subjetiva se reduce a dar mayor relevancia a las circunstancias del contexto en que la norma fue dictada, o a las del contexto en que ella es aplicada⁴⁸.

Siendo ello así y desde la perspectiva histórica, lo que tiene relevancia para la hermenéutica no será ya el texto constitucional “en sí mismo”, sino la práctica generada por ese texto, en cuanto esa práctica da lugar a expectativas y disposiciones que permiten que las decisiones que se tomen sean eficaces⁴⁹.

En consecuencia, desde la posición asumida, debiera partirse de una hermenéutica que permita la integración histórica o contextualizada de los planos de análisis que se encuentran conectados para la resolución de este problema. Así volvemos sobre la dimensión filosófica política, entendida a partir de quien teorizara el texto constitucional, en conjunción con el modelo de Estado plasmado en la norma y las concretas circunstancias históricas para las cuales se desarrolló.

Entiendo que para ello deberé partir de una interpretación sistemática que me permita considerar a esta cláusula integrada en un verdadero sistema normativo que se nos presente de forma coordinada, equilibrada, útil y coherente⁵⁰.

⁴⁷ Nino, Carlos Santiago, “Interpretación constitucional”, p. 81.

⁴⁸ Cfr. *ibídem*, p. 89.

⁴⁹ Cfr. *ibídem*, p. 104.

⁵⁰ En reiterados pronunciamientos nuestro Máximo Tribunal ha insistido en la búsqueda de la interpretación sistemática porque “La Constitución es un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente” (cfr. CSJN, *Fallos*: 289: 200 y 258: 267). De la misma forma en *Fallos*: 95: 334, la Corte sostuvo que “cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza o significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada, o rechazarse como superflua”.

Para la comprensión de nuestro tema esa integración debe también buscarse en una interpretación histórica que nos permita reconstruir la voluntad del constituyente, por intermedio de la comprensión del contexto desde el cual resulta teorizado un instituto.

Pienso que desde los postulados asumidos y sobre estas pautas valorativas podrá pensarse en la originalidad de nuestro sistema de responsabilidad estatal por actuación lícita.

4. Las bases constitucionales: La hipótesis del Artículo 15 de la Constitución Nacional como primer supuesto de responsabilidad estatal por actuación lícita

A poco que se repare en el proceso de construcción jurisprudencial y doctrinaria de las categorías básicas de nuestro sistema de responsabilidad estatal por actuación lícita, se podrá advertir la dificultad que autores y magistrados han encontrado para pensar esta institución desde las categorías propias de nuestro derecho público y en forma autónoma del derecho privado. Quizás, como en ningún otro capítulo de nuestro derecho administrativo se encuentre una impronta tan marcada de las categorías civiles sobre los elementos que debieran integrar su sistema. Si a ello se agrega la ausencia de un régimen legal específico con vocación para reglamentar, siquiera, sus principios generales, fácil será concluir en la imposibilidad de teorización autónoma de esta materia.

Entonces, es de suponer que esta dificultad haya movido a los juristas del siglo XX a la búsqueda de los orígenes de nuestro sistema y a su construcción a partir de los modelos comparados que circunstancialmente resultaran más afines. Y así advertimos que la responsabilidad estatal pudo desarrollarse en los sistemas europeos solo a partir de las categorías del derecho privado, al reconocerse esferas de actuación estatal no alcanzadas por los atributos de la noción de soberanía⁵¹.

Si bien un análisis pormenorizado de la dinámica constitucional comparada excede en mucho este trabajo, baste con señalar que dentro de nuestro sistema constitucional resultaba innecesaria la separación entre demandabilidad del Estado y actuación dentro de su esfera

⁵¹ Nuestra moderna doctrina ha sostenido que “no resulta casual que haya sido el derecho civil y no el derecho público el que tematizara esta institución [...] Si repasamos la historia de la responsabilidad del Estado en la Argentina y en el mundo encontramos una tensión tremenda entre la constitución de Estado de Derecho, y con ello el pleno acceso a la jurisdicción y la imputación de responsabilidad estatal por sus actos u omisiones, y la resistencia ideológica y práctica a tal demandabilidad y consiguientemente a su responsabilidad. La irresponsabilidad del Estado en el siglo XIX se basó fundamentalmente en la idea de que el mismo era indemandable. Ello porque ejercía la soberanía, que es el poder de imposición a los súbditos [...] La idea era que la soberanía estaba fuera de la posibilidad de control y, por lo tanto, la imposibilidad de ponerla en tela de juicio. De ahí que los civilistas intentaran, a través de su sistema de derecho, establecer un ámbito de responsabilidad estatal que escapara de los rígidos moldes del derecho público decimonónico”. (Salomoni, Jorge Luis, “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina. Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual”, *ED* 186-618, pp. 618 y 619).

de soberanía⁵². Veremos a continuación que mientras que el constitucionalismo decimonónico rechazaba la idea de que el Estado pudiera ser demandado, como ningún otro texto constitucional el nuestro poseía ya una cláusula por la que se reconoció la obligación estatal de indemnizar: el Artículo 15. Así veremos que la teorización realizada importó la supresión de nuestras fuentes y la generación de un sistema disfuncional.

De allí la necesidad de buscar nuestras bases constitucionales, de intentar una re-conexión con el pensamiento de nuestros Padres Fundadores y con los antecedentes inmediatos del texto constitucional de 1853, porque seguramente allí encontraremos la génesis de nuestro sistema, el punto de partida de la construcción de un sistema propio de derecho público y a la vez coherente por cuanto será el fruto de nuestra tradición jurídica.

Es así que nuestros antecedentes constitucionales sobre la responsabilidad estatal los encontramos en la obra de Alberdi anterior a nuestra Constitución, quien insertó en su proyecto de Constitución de 1852 varias normas fundamentales en esta materia⁵³. Estas normas conformaban un sistema verdaderamente original.

Si bien las diversas cláusulas no fueron receptadas en el texto finalmente sancionado, podría aventurarse que sus postulados se condensaron en el Artículo 15. La originalidad del pensamiento de Alberdi residió en el reconocimiento de la posibilidad de constreñir al Estado a indemnizar, quizás con la subyacente garantía de demandabilidad de sus órganos, cuando por su actuación como Poder Público ocasionara perjuicios a los particulares.

Dentro de esta concepción se inserta el Artículo 15 del texto constitucional finalmente sancionado, al establecer el primer supuesto de responsabilidad estatal por actuación lícita del Estado⁵⁴, implicando ello una serie de reconocimientos.

⁵² Explica Salomoni: “El derecho público europeo, conformado entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, se caracterizó por ser un instrumento del poder, de resguardo o reaseguro del poder” (p. 619). Y en ese caso la noción de soberanía implica la imposibilidad jurídica de demandar al Estado. El gran problema de los alemanes, que intenta resolver Jellinek, será juridizar la relación entre Estado-sociedad e individuos. Cfr. obra y autor citados, p. 619.

⁵³ Cfr. Salomoni, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 619, quien sostiene: “[...] la responsabilidad extracontractual del Estado en la Argentina fue reconocida con anterioridad a nuestra constitución como nación, siendo que Alberdi insertó en su proyecto de Constitución de 1852 varias normas fundamentales, con relación a la responsabilidad estatal. Y estos supuestos de responsabilidad como constitutivos del Estado, esto es, como presupuestos para alcanzar el progreso del país”. Es así que en la concepción alberdiana, y sin hesitación, puede afirmarse que en el plano filosófico político de nuestro modelo de Estado plasmado en la constitución de 1853, la realización del progreso por parte del gobierno “se intentó plasmar como garantía pública perteneciente a todos los ciudadanos, lo que podría haber generado una –hasta entonces desconocida– acción popular, y por lo tanto como una obligación estatal, constituyendo su no cumplimiento, responsabilidad del estado”.

⁵⁴ Cfr. Salomoni, Jorge, *op. cit.*, “No obstante que los constituyentes no introdujeron el sistema de responsabilidad pensado por Alberdi, puede afirmarse sin dudas que dado el enorme impacto de su pensamiento sobre el texto constitucional finalmente sancionado, su teorización fue de gran influencia para el modelo de Estado que se plasmó en el texto constitucional y el posterior desarrollo de los poderes de intervención del Estado para el logro de aquella su finalidad primaria, el progreso o prosperidad”.

Así, se reconoció la responsabilidad del Estado como una garantía constitucional, que en los términos de la cláusula implica el reconocimiento de la demandabilidad a fin de hacer efectiva dicha garantía, derecho del particular a la concreción de un sistema de responsabilidad estatal y la consecuente obligación estatal de pormenorizar su contenido mediante el desarrollo de su régimen legal. Adviértase que esta cláusula integra el sistema de derechos y no del poder, por cuanto al no haber sido pensada desde las prerrogativas resulta plenamente exigible; su consecuente obligación de reparar los daños causados frente a legítimas intervenciones estatales que lesionen garantías de los privados. Se operó el expreso reconocimiento en una cláusula constitucional de la demandabilidad del Estado y quizás se pueda pensar que dicha cláusula perfiló a la responsabilidad del Estado como garantía constitucional, al establecer el primer supuesto de responsabilidad del Estado por su actuación lícita.

Ello lo advertimos de la fórmula desarrollada en el Artículo 15, al establecer: “[...] una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración [...]”, todo lo cual implica el consecuente reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados por las consecuencias que ocasione el reconocimiento de dicha garantía.

De la misma manera la norma constitucional reconocerá la demandabilidad del órgano estatal por actos de tal naturaleza, al establecer: “[...] serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice [...]”.

Finalmente, es útil reparar en la naturaleza del supuesto indemnizable reconocido en la cláusula.

El Artículo 15 establece: “[...] no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”.

A poco que reparemos en la materia sobre la cual trata dicha cláusula concluiremos que ella constituye un claro ejemplo de aquello que mucho más tarde será desarrollado como responsabilidad por actuación lícita. En consecuencia, no es extraño señalar que este supuesto de responsabilidad se encontraba presente en nuestro sistema constitucional, si bien en estado embrionario.

Esta disposición fue original de la Comisión Redactora de la Convención de 1853, pero encuentra como antecedente institucional más importante la Asamblea de 1813, donde solamente se dispuso la abolición de vientres. De este modo, la Constitución de 1853 extendió la abolición de la esclavitud a todo tipo de servidumbre que pudiese existir en el país.

Así las cosas se verifica que en el texto constitucional original se encuentran presentes las siguientes cuestiones: la demandabilidad del órgano estatal, la responsabilidad del Estado, su configuración por actos legítimos del poder público estatal –vaya si lo es la cláusula en cuestión– ajenos a la noción de culpa y su naturaleza diferenciada respecto de la expropiación pública.

Partiendo de esta última nota distintiva, podría aventurarme a formular apriorísticamente la siguiente hipótesis: el reconocimiento y jerarquización constitucional de la responsabilidad estatal por actuación lícita pudo haber residido en el Artículo 15 en razón de la distinta naturaleza del supuesto para el cual fue previsto respecto de la expropiación pública; la

garantía de la propiedad y del debido proceso sustantivo de la expropiación pública fue pensada en una cláusula posterior con el objeto de establecer una garantía que resguarde de otra naturaleza de exteriorizaciones del poder público que difieren de las del Artículo 15 en razón del muy intenso poder de intervención y de supresión de la propiedad. Esta mayor intensidad de la intervención reconocida en el Artículo 17 y su consecuente carácter excepcional, tendrá como contrapartida la construcción de un procedimiento mucho más riguroso para su ejercicio que el previsto para intervenciones de menor intensidad, de carácter no excepcional, inherentes al ejercicio del poder público estatal, pero cuya reparación resulta reconocida como supuesto diferenciado en una cláusula anterior como lo es el Artículo 15.

5. Referencia a las bases históricas de la cláusula de libertad de vientres

Pensamos que la breve indagación por el contexto dentro del cual se desarrolló esta cláusula, permitirá advertir la originalidad en nuestro sistema. Y que asimismo en ella ya se encontraban contenidos todos los elementos que más adelante darían sustento a la tematización de la responsabilidad estatal por actuación lícita.

Esta disposición fue original de la Comisión Redactora de la Convención de 1853, pero encuentra como antecedente institucional más importante la Asamblea de 1813, donde solamente se dispuso la abolición de vientres. De este modo, la Constitución de 1853 extendió la abolición de la esclavitud a todo tipo de servidumbre que pudiese existir en el país. La reforma de 1860 fue la que introdujo la última parte del artículo, con el objeto de invalidar los tratados de extradición que el país tenía firmados.

El dato anterior no es menor y nos habla a las claras de la originalidad de nuestro sistema. Piénsese que la Enmienda XIII de los Estados Unidos dispuso la abolición de la esclavitud recién el 31 de enero de 1865, luego de la cruenta guerra civil que sufrió ese país por tal motivo. Está claro, como lo señala Quiroga Lavié, que en materia de libertad la Argentina fue primer mundo bastante antes que nuestro modelo organizacional.

Siguiendo al autor citado, respecto del derecho indemnizatorio reconocido en la cláusula no cabe duda de que la norma viene a reconocer la responsabilidad del Estado, tanto en relación con los esclavos a quienes debería el Estado ofrecerles salida laboral libre, o algún tipo de compensación mientras no consiguieran trabajo, como en relación a los patrones, quienes podían reclamar reparación por la pérdida de trabajo gratis⁵⁵.

Según lo expuesto, vemos que la base fáctica de esta cláusula tiene dos elementos.

El primero, la concepción humanitaria de la persona humana como valor meta constitucional. Es así que fue uno de los primeros derechos proclamados por la Asamblea General Constituyente de 1813, el de la igualdad de todos los hombres⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 2ª edición actualizada, Zavalía, pp. 96-97.

⁵⁶ Sobre esta cuestión sugerimos ampliar en Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II, Depalma, 1994, pp. 125 a 128. El autor establece una clara distinción entre el valor de la persona humana

El segundo será la concepción de los fines del Estado y su consecuente obligación de indemnizar⁵⁷, que ya se encuentra planteado en la obra de Joaquín V. González, quien al comentar la cláusula señaló: “[...] como la esclavitud era una institución vigente desde muy antiguo, y había creado propiedades sobre los esclavos existentes, no quiso la Asamblea cortar de raíz la odiosa desigualdad, sin indemnizar a los dueños su valor. Por eso procedió gradualmente, para no perjudicar derechos adquiridos”.

Dentro de este marco se produjo el dictado de la Ley del 2 de febrero de 1813, llamada de Libertad de Vientres, norma que declaró: “[...] los niños que nacen en todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres, y todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 en adelante”.

Es entonces, según la explicación de Joaquín V. González que, considerando a los esclavos como cosas susceptibles de apropiación y como artículo de comercio, la Asamblea hizo extensiva la libertad a todos los que en esa calidad se introdujesen de país extranjero, los cuales quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas⁵⁸.

La valoración social de la propiedad, en ese entonces, determinó la asimilación de la abolición como acto de intervención estatal en la economía: “Dio esta ley ocasión para que reclamase de ella y pidiese su aclaración la Corte del Brasil, a la que la Asamblea, sin desconocer en absoluto su derecho para dar amplio sentido a aquella libertad, inspirándose en consideraciones de política internacional transitoria, sancionó la declaración del 21 de enero de 1814, por la cual se establecía: que la libertad acordada a los esclavos que de cualquier modo se introduzcan de países extranjeros debía entenderse para los que fuesen introducidos por vía de comercio o venta”.

Después de 1814, la inestabilidad de los diversos estatutos, constituciones y gobiernos que han regido al país, no permitió que se hiciese efectiva en absoluto la abolición de la esclavitud, si bien por el progreso de la cultura y prestigio de la idea democrática cuando la Constitución fue dictada, se mantenía apenas en poder de algunos antiguos propietarios.

en nuestro texto constitucional y en el de Filadelfia. Explica que la relación por la cual un hombre está bajo el señorío de otro, con el estatus de una cosa de propiedad de éste obviamente repugna hoy a la conciencia moral de los países civilizados, como un crimen de lesa humanidad. Pero como es sabido, esta fue una institución aceptada por el derecho y la moral de los sistemas comparados hasta no hace mucho tiempo. El autor señala que en el *Federalista*, se analiza si el esclavo podía ser considerado como un objeto de propiedad del amo y si podía ser computado como habitante para computar la representación política. (Autor y obra citada, p. 125).

⁵⁷ La indemnización especial a los propietarios de los ex esclavos ahora libertos, que se veían privados de su propiedad, se encontraba a cargo del Estado nacional, que era quien había confiscado a los ex propietarios de esclavos el derecho de propiedad sobre estos. En opinión de Ekmekdjian tales reclamos de haberse producido, hubieran tenido acogida judicial, porque se fundaban en una disposición constitucional. De otro modo, es decir, de liberarse a los esclavos sin indemnizar a sus antiguos dueños, se producía una confiscación prohibida por el Art. 17 de la misma norma constitucional (autor y obra citados, p. 126).

⁵⁸ Cfr. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Buenos Aires, La Ley, pp. 67-68.

Es interesante entonces reparar brevemente en la explicación de Joaquín V. González respecto del derecho a indemnización a favor de los propietarios de esclavos: “A estos se les reconoció una indemnización en virtud de sus derechos adquiridos, conforme a los mismos principios que acababan de sancionarse en protección y reconocimiento del derecho de propiedad. Se legislaba para el porvenir, y se establecía para siempre la absoluta igualdad de los hombres entre sí”⁵⁹.

6. La inserción de la cláusula en el texto constitucional

Desde esta perspectiva podría sostenerse que la previsión de uno y otro supuesto de reparación en dos cláusulas no resultaría fortuito en el texto constitucional. Según las ideas expuestas, no resultaría extraño sostener que la distinción en dos cláusulas tuvo por objeto reconocer dos garantías frente a dos exteriorizaciones del poder de actuación del Estado cuya naturaleza no aparece compartida.

Así advertimos que dicha naturaleza no pudo ser compartida dada la mayor intensidad normativa contenida en la cláusula de expropiación en la cual se establece un supuesto procedimiento -marco indemnizatorio de franca excepción en razón de la extrema sensibilidad de su intervención.

Ello por cuanto la mayor intensidad normativa obedece a ser un procedimiento de excepción, severamente lesivo, que requiere de una más pormenorizada reglamentación de las garantías en juego, todo lo cual no ocurre en el supuesto reconocido por el Artículo 15.

En consecuencia, creo podría sostenerse que si las bases constitucionales fincan en el Artículo 15, por lo tanto la naturaleza jurídica de la responsabilidad por actuación lícita ya no será la de expropiación pública.

Dentro de la sistematicidad de las normas constitucionales, esta peculiar distinción no resulta extraña tampoco al diseño constitucional de Alberdi, quien al formular su primer comentario sobre el texto constitucional sancionado, en *Sistema económico y rentístico...*, sostuvo que “cada artículo de la Constitución nacional constituyen capítulos de derecho administrativo”.

Entonces creo que siguiendo el razonamiento de Alberdi, no es extraño suponer que si el constituyente hubiera identificado o establecido similar naturaleza jurídica entre el Artículo 15 y el 17 hubiera consagrados tales garantías y procedimientos en una única norma.

Sin embargo, encontramos como cláusula siguiente a la garantía del Artículo 15, esto es, a la garantía de que el Estado podrá ser demandado e indemnizará por los hechos legítimos sin culpa, la pauta indemnizatoria. Entiendo que el Artículo 16 completa lo anterior porque al establecer las bases constitucionales de compensación provenientes del sacrificio especial, sienta una pauta indemnizatoria sobre la cual trabajará la jurisprudencia posterior.

⁵⁹ Autor y obra citados, p. 68.

En consecuencia, hallo que a partir de una hermenéutica integradora de estas dos cláusulas, podría iniciarse la reconstrucción de nuestro sistema de responsabilidad e iniciar la discusión acerca de los rubros y la extensión de las indemnizaciones debidas por estos supuestos.

Si bien un acabado análisis de exégesis constitucional excede en mucho el objeto del presente, entiendo que para comprender el sentido de la regla establecida en el Artículo 15 de nuestra Constitución, debiera partirse de una hermenéutica que permita la integración de los planos de análisis que se encuentran conectados para la resolución de este problema. Así volvemos sobre la dimensión filosófico política, entendida a partir de quien teorizara el texto constitucional, en conjunción con el modelo de Estado plasmado en la norma y las concretas circunstancias históricas para las cuales se desarrolló.

Para ello parto de una interpretación sistemática que me permita considerar a esta cláusula integrada en un verdadero sistema normativo que se nos presente de forma coordinada, equilibrada, útil y coherente⁶⁰. Para la comprensión de nuestro tema, esa integración debe también buscarse en una interpretación histórica que permitiendo reconstruir la voluntad del constituyente, nos permita comprender el contexto desde el cual fue teorizado el espíritu de la norma. Y asimismo se cree útil postular una interpretación extensiva por cuanto es a todas luces evidente que el Artículo 15 condensó una variedad de cláusulas relativas a la responsabilidad del Estado pensadas por Alberdi, que luego no resultaron plasmadas⁶¹.

Si se concediera lo expuesto, entonces creo podría superarse la discusión –aún vigente– sobre la extensión de la indemnización debida por estos supuestos. Al distanciarnos de las categorías integrantes del régimen de la expropiación pública podremos iniciar el desarrollo de un régimen nuevo, teorizado a partir de las bases constitucionales de nuestro original sistema de responsabilidad por actuación lícita, aventando los riesgos de producir disfunciones mediante la búsqueda de nuestras fuentes en los sistemas extranjeros.

TERCERA CUESTIÓN: LA CONSTRUCCIÓN ORIGINARIA DEL SISTEMA

1. Incidencia de las reclamaciones indemnizatorias de ciudadanos extranjeros por daños causados con motivo de las guerras de independencia en la conformación de nuestro sistema de responsabilidad estatal

Más allá de las reclamaciones indemnizatorias sustanciadas por las potencias europeas ante el Gobierno de la Confederación Argentina, y que motivaron el dictado de las leyes

⁶⁰ En reiterados pronunciamientos nuestro Máximo Tribunal ha insistido en la búsqueda de la interpretación sistemática porque “La Constitución es un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente”. (Cfr. CSJN, *Fallos*: 289:200 y 258:267). De la misma forma, en *Fallos*: 95:334, la Corte sostuvo que “cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza o significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada, o rechazarse como superflua”.

⁶¹ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. I, p. 64, para quien “si la norma constitucional dice menos de lo que el constituyente quiso decir, es obligación del intérprete ampliar el texto para hacerlo coincidir con el espíritu del constituyente [...] Todos estos casos son muestras del triunfo de la interpretación histórica sobre la gramatical”.

comentadas, los antecedentes que a continuación se comentarán revelan la existencia de una considerable cantidad de reclamaciones individuales de particulares contra el flamante Estado argentino.

Se solicitaron indemnizaciones por concretos perjuicios sufridos por ciudadanos extranjeros durante la independencia, que constituyeron, en palabras del legislador, “la primera deuda, la más sagrada, la más privilegiada, puesto que es la deuda que nos dio la libertad”⁶². Y es así que se estimó que en un período difuso estimable entre 1815 y 1860 han llegado a sustanciarse cerca de mil reclamaciones por perjuicios⁶³.

El dato quizás de mayor interés reside en ciertas reclamaciones –a continuación se señalarán solamente dos– que, en opinión personal, pudieron constituir supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita, por traducir verdaderos actos de intervención estatal, que menoscabaron propiedad de particulares.

Es así que el reconocimiento de la obligación estatal de indemnizar, frente a reclamaciones tramitadas ante el Poder Legislativo, perfilaron un valor social y constitucional compartido por los entonces legisladores; tal es la tesis del Estado responsable. La considerable cantidad de discusiones parlamentarias existentes para 1863 respecto de las reclamaciones indemnizatorias por los daños de guerra civil dan cuenta del consenso que en nuestro país existía respecto de la demandabilidad del Estado, dada la gran cantidad de reclamos administrativos tramitados⁶⁴, y la aceptación que en nuestros poderes tenía el desarrollo de un incipiente régimen de responsabilidad estatal, pensado a partir de los postulados de nuestro –también incipiente– derecho público. La aceptación de estas reclamaciones individuales implicó su reconocimiento por parte de nuestros poderes, lo cual será el

⁶² Cfr. discurso del Senador Villafañe, Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, p. 417, quien al informar respecto del proyecto de consolidación de deudas, señaló al valorar la deuda proveniente de reclamos indemnizatorios: “Yo diré, señor, respecto de estos expedientes particulares, que hay en la Provincia de Entre Ríos reclamos que se hacen por los gastos que se hicieron para formar el ejército y expedientes en la provincia de Corrientes, de los gastos que se hicieron para derribar a la Tiranía [...] Entre tanto, esta deuda no la pagamos con doscientos millones de pesos [...]” (*op. cit.*, p. 417).

⁶³ El mismo discurso del Senador Villafañe, al informar de la deuda por reclamos indemnizatorios da cuenta de “[...] la exclusión que hace ese proyecto (de ley de consolidación) de mil acciones [...] por perjuicios o reclamos que quizás son más justos que los contratos hechos con la Confederación” (p. 417).

⁶⁴ Este reconocimiento se evidencia en sucesivos pasajes de dichos debates parlamentarios de 1863. Así se señaló: “[...] cuando se están pagando deudas que sin dejar de ser legítimas, por su antigüedad pierden el carácter de preferencia ante otras de inmediata fecha; cuando veo que parece que se eligiese las deudas que deben pagarse, dejando otras de igual naturaleza y tal vez más preferentes en el olvido, yo creo que se comete una gran injusticia, y el Congreso debe tratar de repararla en lo posible, elevándose a la altura que le corresponde como Congreso de la Nación Argentina [...] El Congreso Argentino no tiene que tratar de ver si las deudas pertenecen a la Confederación o a Buenos Aires, sino si esa deuda es legítima y en caso afirmativo decretar su pago [...] Esa deuda, señor, no tiene que reconocerse ni examinarse. Son deudas mandadas pagar en virtud de leyes y si no lo han sido es porque las aduanas no han tenido fondos, o porque los acontecimientos se precipitaron, pero son deudas que no tienen por qué entrar en el examen y liquidación que tiene que practicar esa Comisión”. (Cfr. Discurso del Senador Laspiur, a propósito de considerar el reclamo indemnizatorio de White. Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, Sesión N° 45, del 29 de agosto de 1863, p. 496).

antecedente de nuestro Artículo 1112 y la primera jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia que aceptó reclamaciones, y en especial por la actuación legítima de los poderes del Estado, si bien frente a otros supuestos de hecho.

2. El caso de Silas Atkins

En la sesión de la Cámara de Senadores Nacionales del 1º de agosto de 1863, se aprobó el “arreglo hecho por el Poder Ejecutivo con el Ministro Residente de los Estados Unidos, sobre la reclamación del ciudadano norteamericano Silas Atkins”⁶⁵.

Los hechos que motivaron el reclamo indemnizatorio fueron los siguientes:

Atkins era un comerciante norteamericano residente en Buenos Aires, a quien en 1814 le fue requerido por el Directorio de entonces —en su carácter de gobierno patrio— una goleta de su propiedad para afectarla a la escuadra encargada del sitio de Montevideo. El Sr. Atkins resistió a la venta de aquella goleta. El Gobierno insistió en la compra del buque y nuevamente Atkins se opuso, razón por la cual el Gobierno ordenó el apoderamiento por la fuerza de la goleta, y “la tomó sin llenar ninguna formalidad ni los trámites judiciales del caso, puesto que se trataba de una expropiación”. Tiempo después fue encarcelado y sus bienes embargados por motivo de una supuesta deuda aduanera generada por “diferentes importaciones que había hecho en su carrera mercantil”.

“Después de la larga prisión del Sr. Atkins, cuando le pusieron en libertad en virtud de reclamaciones que se hicieron sucesivamente, elevó al Gobierno una solicitud, para que se le estimaran todos los perjuicios causados por la violencia cometida en su persona y en sus intereses, y para que se le pagara el buque que le fue tomado violentamente. Entonces se nombró una Comisión por el fisco, que apreció los daños. Se siguieron luego muchos trámites en que intervinieron los asesores y los fiscales que se iban sucediendo, siempre dictaminando pero de una manera que no completaba el buen derecho que tenía el Sr. Atkins. En estas reclamaciones se pasaron 16 años sin que este hombre alcanzara justicia. Al fin del año 30, el Gobierno mandó reconocer los principales reclamos de este señor, y mandó hacer una liquidación ordenando al Gobierno que se nombrara un contador”.

Así es que la Contaduría oficial practicó liquidación, la cual si bien resultó aceptada, motivó un nuevo reclamo por la forma de pago.

El reclamo no solo no fue resuelto sino que además —y no está de más decirlo— terminó con la vida de Atkins⁶⁶, motivando la reclamación de su viuda quien, finalmente humillada,

⁶⁵ Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, Sesión N° 34 del 1º de agosto de 1863, Presidencia del Señor Paz, pp. 319-323. La obra citada contiene una verdadera colección de reclamos indemnizatorios contra el Estado, que sin duda constituyen un atractivo material de investigación para reconstruir el embrión, los inicios de la responsabilidad estatal en nuestro país. En la obra citada pueden encontrarse las discusiones parlamentarias, la ley finalmente sancionada con el discurso del miembro informante y el convenio anexo.

⁶⁶ A esta altura, el relato del miembro informante Senador Posse es aún más dramático: “[...] Atkins no fue escuchado; pasaron dos años de esto. En la desesperación, arrojado a una extrema miseria, desacreditado en el comercio, arruinado el Sr. Atkins, solicitó al gobierno que le diera veinte mil pesos a cuenta de la deuda que

depuso armas para 1835. Los sucesivos Ministros residentes norteamericanos continuaron los procedimientos que concluyeron casi treinta años después, en 1863, con el dictado de la ley aprobatoria del convenio indemnizatorio⁶⁷.

3. Breve noticia de un curioso antecedente de la responsabilidad estatal por omisión. El caso de “Ruscheweyh y Cía.”

Inmediatamente siguiente a la sesión en la cual se trató el “caso Atkins”, se trató un caso que podría abordarse como antecedente probable de esta categoría de responsabilidad estatal⁶⁸. Ello en función de los hechos del caso relatados por el entonces miembro informante, Senador Bustamante:

Antes de 1861, el Sr. Ruscheweyh había depositado en los almacenes de aduana algunas mercaderías. Retiradas de allí e introducidas al consumo, resultó que faltaban unas damajuanas de vinagre, un cajón de ropones de niños, y otro cajón de vinos. Después de 1861, la casa de estos señores pidió a la Aduana el abono de esta diferencia, fundándose en que la ley de aduanas vigente hace responsable al fisco de todo lo que se deposite en sus almacenes, y cuya falta se advierte después. La solicitud formó expediente en la Aduana y tuvo por objeto el pago “del importe de efectos perdidos en depósito en la aduana del Rosario”. El administrador de Aduana del Rosario tramitó el expediente y con su resultado se elevó un proyecto de ley cuyo Artículo 1º rezaba: “Autorízase al Poder Ejecutivo para abonar a Jorge Ruscheweyh y Cía., la cantidad de doscientos cuatro pesos cincuenta centavos bolivianos, por importe de mercaderías de su propiedad, substraídas de los almacenes de depósito del rosario, conforme lo dispuesto en la ley de aduanas”⁶⁹.

A poco que se repare en que el reclamo indemnizatorio obedecía a daños producidos por una omisión de control de la Aduana legalmente establecida, se comprenderá la similitud probable con lo que hoy tratamos como responsabilidad estatal por omisión.

se le había reconocido. El gobierno dio vista al fiscal, el fiscal de entonces aconsejó que se asintiese a aquella solicitud, mas el gobierno decretó que se conformara con lo dispuesto dos años antes. Dos meses después de esta resolución, el señor Atkins dejó de existir envuelto en la miseria, agobiado por la serie de hechos que le redujeron a esa extremidad” (Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, Sesión N° 34 del 1º de agosto de 1863, Presidencia del Señor Paz, p. 322).

⁶⁷ El discurso del miembro informante es elocuente: “Siguieron las reclamaciones siempre hasta el año 35. Desde entonces hasta aquí, hay un silencio completo en el expediente, porque las reclamaciones ya no se hicieron por el órgano de las personas agraviadas, sino que las tomaron a su cargo los diferentes Ministros norteamericanos que ha habido sucesivamente. El Ministro residente hoy ha presentado un memorando que forma parte de este expediente, haciendo la historia de todos los antecedentes con verdad y precisión, y exponiendo que reclamaba a favor de la viuda” (obra citada, p. 323).

⁶⁸ Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, Sesión N° 35 del 4 de agosto de 1863, p. 325.

⁶⁹ Ídem, p. 325.

4. El caso de Guillermo White⁷⁰

Similar al caso anterior, los hechos tienen lugar en 1814 con motivo de la conformación de la escuadra encargada del sitio de Montevideo. White, también comerciante norteamericano residente en Buenos Aires, fue encargado del armamento y aprovisionamiento de la flota, en el cual comprometió sus recursos.

A consecuencia de los movimientos de 1815, White fue perseguido, encarcelado, despojado de sus bienes y desterrado, sin que se le permitiera regresar al país, sino algunos años después.

Es así que apremiado por las circunstancias no pudo rendir cuentas antes de su salida, lo cual hizo después de su regreso y pidiendo en consecuencia su liquidación y retribución por sus servicios prestados y bienes personales comprometidos en la empresa⁷¹.

Al igual que Atkins, sus reclamos no fueron escuchados “hasta que lo sorprendió la muerte en el estado más lamentable de abatimiento y miseria”, por lo cual los Ministros Residentes norteamericanos continuaron los trámites que finalmente concluyeron en el dictado de una ley aprobatoria del convenio de pago.

5. Un proyecto de ley de consolidación de deudas del Gobierno de la Confederación

El proyecto en cuestión, tratado por la Cámara de Senadores a mediados de 1863, establecía en su Artículo 1º: “[...] El Poder Ejecutivo tramitará administrativamente hasta su terminación, los asuntos que ha dejado pendientes el extinguido Gobierno de la Confederación, por contratos hechos, créditos contraídos y demás que no importen reclamaciones de daños y perjuicios”⁷².

Como se advierte, el proyecto excluía de la consolidación a la deuda proveniente de reclamos indemnizatorios, que en su gran mayoría provenían de las guerras de independencia⁷³.

⁷⁰ Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, Sesión N° 45 del 29 de agosto de 1863, pp. 489-498.

⁷¹ El discurso del miembro informante nos muestra un paradigmático ejemplo de hombre público en White. Señala: “El señor White muere pobre y loco, muere siempre procurando el cobro de lo que se le debía [...] Cuando se le comisionó para la vasta empresa era hombre pudiente y de crédito, ¿cómo es que después aparece pobre el señor White? Es claro que había invertido su fortuna en aquella Comisión, que le confirió el gobierno de entonces” (obra citada, p. 492).

⁷² En relación al régimen de las reclamaciones de daños, uno de los autores del proyecto –el Senador Villafañe– expuso: “En cuanto a excluir las peticiones por perjuicios sufridos en las eventualidades de la guerra civil, la Comisión ha opinado que debía separarseles de esa tramitación, atendido a que este asunto merece una atención más seria, por cuanto está sujeto a objeciones, que llegará el caso de considerar y discutir cuando se trate de la ley de consolidación de la deuda general de la república”.

⁷³ En los debates parlamentarios el Senador Villafañe sostenía la exclusión de la consolidación de deuda de los créditos provenientes de las reclamaciones de daños, en estos términos: “En cuanto a excluir las peticiones por perjuicios sufridos en las eventualidades de la guerra civil, la Comisión ha opinado que debía separarseles de esa tramitación, atendido a que este asunto merece una atención más seria, por cuanto está sujeto a objeciones,

La consideración de este proyecto reviste interés por el reconocimiento de la existencia de un régimen de responsabilidad estatal junto con la demandabilidad del Estado por actos o hechos provenientes de su actuación legítima.

Así, el miembro informante advierte que “admitidos estos reclamos, habrá que admitir también otros reclamos de acciones justas [...] pero que los acreedores se han de presentar a deducir los derechos que tienen, desde que se reconozca la deuda que han reclamado otros acreedores de igual naturaleza. Cuando se da una ley como esta, se han de deducir todas las acciones que haya contra el Estado [...]”⁷⁴. Y dichos reclamos “proviene de individuos a quienes se les han arrebatado sus propiedades”.

Siendo ello así, señala la utilidad del proyecto de ley dado que “los jueces federales tendrán un punto de partida para poder tramitar estos asuntos sin que sea embarazoso para el Gobierno y para el Congreso”. Y reconoce que dichos asuntos versan sobre “créditos que provienen de auxilios forzosos, de contribuciones impuestas por el Gobierno Nacional, que son más justos que los préstamos que se han hecho al Gobierno [...] los que reclaman miles de cabezas de ganado, los que reclaman auxilios y contribuciones forzosas, no han hecho negocio ninguno, porque se les ha arrebatado la propiedad por medio de la violencia y se les ha arruinado”⁷⁵.

Va de suyo concluir que en la presentación los supuestos por los cuales se reclamaban indemnizaciones resultan perfectamente comprendidos en lo que hoy tematizamos como responsabilidad estatal por actuación lícita, dada la aceptación de la legitimidad de la intervención estatal no cuestionada en punto a sus causas y fines, y la consecuente obligación de compensar los perjuicios provenientes de ese sacrificio especial exigido por la guerra de independencia.

6. Las bases normativas del sistema

De alguna manera las ideas expuestas en torno a la originalidad de nuestras bases constitucionales del sistema de responsabilidad estatal fueron receptadas por nuestra primera producción normativa, con mucha anterioridad al desarrollo de los regímenes legales comparados. Así, se encuentran las normas que trato a continuación.

que llegará el caso de considerar y discutir, cuando se trate de la ley de consolidación de la deuda general de la república. Por consiguiente, la ley propuesta no es más que una medida provisoria, en cierto modo para responder a necesidades urgentes [...]” (Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, p. 416). No está de más señalar que en 1863 encontramos vestigios del mentado derecho de emergencia.

⁷⁴ Cfr. discurso del Senador Villafañe, *op. cit.*, p. 417.

⁷⁵ Cfr. discurso del Senador Villafañe, *op. cit.*, p. 419.

6.1. La Ley N° 224⁷⁶

Esta norma, llamada “Ley general de responsabilidad del Estado”, del 29 de septiembre de 1859, fue dictada en el marco de un conjunto de leyes que aprobaron convenciones internacionales por las cuales se reconocieron indemnizaciones a favor de nacionales y extranjeros por daños producidos durante la guerra de independencia⁷⁷.

Es así que nos encontramos con un valioso antecedente de técnica legislativa en materia de responsabilidad estatal, por cuanto si este conjunto de normas tuvieron por finalidad asegurar sendas indemnizaciones para reparar actos concretos de intervención, la norma subsiguiente –esto es la Ley N° 224– zanjará la cuestión mediante la formulación de un principio general⁷⁸.

En este punto creemos en que la norma aludida si bien se dictó con el propósito de poner fin a las reclamaciones, estableció al mismo tiempo un principio fundante de nuestro sistema de responsabilidad estatal.

En su artículo único dispuso: “La confederación argentina desde la instalación de su gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”.

Es útil señalar que esta norma no fue obra del arbitrio. En sus redactores existía la plena conciencia de que se estaba construyendo una solución novedosa para los sistemas comparados, mediante el desarrollo de uno de los atributos del Estado de Derecho: el Estado responsable.

⁷⁶ Para una mejor comprensión de la significación de esta norma en nuestro ordenamiento se sugiere ampliar en: Salomoni, Jorge Luis, *op. citada*, p. 621. El autor sostiene que “esta norma estableció, en ese momento histórico, lo que hoy sería una novedad extraordinaria: la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de los funcionarios públicos legítimamente designados en el principio de la organización nacional. No se distinguía si el acto era lícito o ilícito; solamente se debía constatar un perjuicio. A su vez el perjuicio ocasionado por un funcionario público hacía responsable directamente al Estado”.

⁷⁷ Las leyes aludidas fueron dictadas el 29 de septiembre de 1859 y tuvieron por objeto aprobar las respectivas convenciones por las cuales se establecieron los mecanismos de pago de deuda que el Poder Ejecutivo reconoció a favor de los súbditos de Francia, Gran Bretaña y Cerdeña. Fueron las siguientes: Ley N° 221, de “Indemnización a súbditos franceses”; Ley N° 222, de “Indemnización a súbditos británicos”; Ley N° 223, de “Indemnización a súbditos sardos”.

⁷⁸ Sobre la conformidad del conjunto de normas reseñadas y las técnicas legislativas de implementación de regímenes indemnizatorios aceptadas, ver Greco, Carlos, “Indemnización y responsabilidad en el derecho administrativo”, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, abril 1999. El autor señala: “La indemnización debida en supuestos de daños por actividad legítima se encuentra en ciertos casos contemplada normativamente. Esta consagración legislativa puede, a su vez, lograrse de dos maneras diferentes. En algunos casos nos hallamos frente al establecimiento de una fórmula general. Ello acontece, por ejemplo, con la expropiación [...] En otras oportunidades la indemnización es dispuesta para una medida concreta de intervención” (*op. cit.*, p. 762, ap. 7).

Más allá de constituir una solución tendiente a zanjar una concreta circunstancia histórica, creemos que la originalidad del sistema propuesto se advierte con claridad desde un principio a partir de sus debates parlamentarios, los cuales constituyen una atractiva pieza para clarificar las ideas expuestas. Así, se advierte que esta norma al formularse para su aceptación por los Plenipotenciarios de los países signatarios de las convenciones de reparación, como condición para canjear y ejecutar las convenciones de pago⁷⁹, verifica la finalidad declamada en el dictamen de comisión de “salvar para el futuro el principio y poner a cubierto los derechos y la dignidad de la nación”⁸⁰.

Entre los antecedentes adjuntados a las actas de sesiones resalta una pieza reveladora de la originalidad del sistema y la ausencia de antecedentes comparados en la materia. Se trata del “Memorando de Alberdi a los Ministros de Negocios Extranjeros de Francia e Inglaterra”. Entre sus pasajes señala: “V.E. no puede ignorar que en la mente de nuestros jurisconsultos, de acuerdo en esto si no me engaño, con los publicistas más acreditados en la materia de derecho público, es dudoso que la deuda objeto de esta convención sea rigurosamente imputable al pueblo argentino entero, en atención a que aquella tiene su origen en una infinidad de desórdenes locales en épocas en que la República carecía de administración regular [...] No entra en mi idea discutir el principio de la deuda en cuestión, él es aceptado por mi gobierno y yo lo suscribo sin reservas [...]”.

Por su parte, el discurso del Senador Zavalía complementa lo anterior, señalando que “según el derecho público europeo, es dudoso que los daños asunto de las reclamaciones, sean imputables a la nación argentina”⁸¹. Ello equivale a sostener la diferenciación de nuestro sistema respecto de los europeos al partir de bases constitucionales diferentes, por cuanto más adelante reconocerá a la responsabilidad del Estado como un principio propio de nuestro derecho público.

⁷⁹ Diario de Sesiones N° 65. Cámara de Senadores, 5ª Sesión Ordinaria del 17 de setiembre de 1859, p. 292. Lo expuesto se aprecia de la lectura de los pasajes del dictamen de la comisión, la que declaró: “La Comisión de Legislación y negocios constitucionales encargada de dictaminar sobre las convenciones celebradas con los Plenipotenciarios de Francia, Inglaterra, Cerdeña relativas a las indemnizaciones que debe reconocer y pagar la Nación Argentina a los súbditos de esas tres naciones, por perjuicios causados durante nuestras largas guerras civiles; las ha considerado con toda circunspección y madurez que requiere un asunto tan serio [...] que el año anterior opinaron por el rechazo absoluto de unas estipulaciones que [...] no estaban fundadas en los principios admitidos por las naciones [...]”.

⁸⁰ Diario de Sesiones, p. 293. En ese sentido el dictamen estableció: “Como el objeto primordial de esas convenciones es obtener para los Súbditos de Francia, Cerdeña e Inglaterra las indemnizaciones que se reclaman, y como aún accediendo a exigencias de mero interés pecuniario, puede salvarse el principio y los derechos incontrovertibles de la Nación, la Comisión es de parecer que si fuere necesario para ese objeto sacrificar una suma mayor que la que importan las liquidaciones hechas a favor de los reclamantes, se debe poner término a un asunto que puede producir emergencias desagradables”.

⁸¹ Cámara de Senadores, 51ª Sesión Ordinaria del 17 de setiembre de 1859. Acta de las sesiones del año 1859, p. 310

En oportunidad de referirse a la Cámara de Senadores, el Secretario D. Carlos Saravia señaló “que era innecesario imponer al Poder Ejecutivo la obligación de insertar en los Tratados que celebrase en adelante el principio que acaba de sancionarse; porque haciendo dicho principio parte del derecho público de la Confederación desde que esta ley se promulgase, todos los ciudadanos como los extranjeros tenían que reconocerlo, y además el gobierno nunca podría estipular nada que le fuera contrario”⁸².

Si bien como hemos visto resulta que esta ley fue ideada como remedio para zanjar la cuestión coyuntural de los daños por la guerra de independencia, en realidad estableció un punto de inicio a nuestro sistema de responsabilidad estatal.

Ello entonces nos motiva a concluir sobre la originalidad de nuestro sistema, dado que su formulación no fue buscada en sistemas comparados. Por el contrario, se inscribe dentro de un conjunto de medidas legislativas adoptadas para dar satisfacción a las circunstancias concretas y locales de la época, constituyendo a la vez una derivación razonada de los principios que emanan de nuestro plexo constitucional.

6.2. Breve referencia a la Ley N° 284

Encontramos otro antecedente normativo dictado en noviembre de 1863 que viene a solidificar la originalidad apuntada y permite apreciar la sistematicidad del régimen naciente. Se trata de la Ley N° 73 (284) de la Confederación Argentina sobre “Liquidación de la deuda contraída por la confederación desde el 1° de abril hasta el 12 de diciembre de 1861”.

Como surge de su Artículo 1°, esta norma de materia contable y presupuestaria tuvo por objeto reglar la actividad de la Comisión Clasificadora “creada por ley del 1° de noviembre de 1862”.

Dicha comisión se estableció para la liquidación de “la deuda pública legítimamente contraída por el extinguido gobierno de la Confederación desde el 1° de abril hasta el 12 de diciembre de 1861”.

Entre los créditos a liquidar se encontraban reconocidos los provenientes de los daños y perjuicios causados por autoridades públicas legítimamente constituidas.

La redacción de su Artículo 2° nos advierte de ello, dado que dicha cláusula al reglar los supuestos excluidos estableció en su inciso 3°: “No se comprenderán en la liquidación [...] los daños y perjuicios causados por autoridad no constituida legítimamente, y aún estándolo, si provienen de actos ilícitos o fuera de las atribuciones legales”.

7. La situación en los sistemas comparados

Por su parte advertimos, como calificada doctrina lo hace⁸³, que el sistema desarrollado por la Ley N° 244 y las restantes normas apuntadas no tuvieron similitud con ningún

⁸² Cámara de Senadores, 12ª Sesión Ordinaria del 19 de setiembre de 1859. Acta de sesiones del año 1859, pp. 313-15. Informe del Sr. Secretario D. Carlos Saravia.

⁸³ Salomoni, *op. cit.*, ED 186 – 622.

ordenamiento comparado. A ese momento, las principales potencias como Inglaterra y Francia e incluso Estados Unidos, no habían desarrollado la Tesis del Estado Responsable⁸⁴. Es que como señala Reiriz, en su obra, en Europa se erigió un grave escollo: “el viejo concepto de soberanía”. Francia es ejemplificativo al respecto. Tras el Decreto del 19 de setiembre de 1870 que abrogó la disposición de la constitución del año VIII “y todo lo dispuesto por leyes generales que tuvieran por objeto trabar las demandas dirigidas contra los funcionarios públicos”, quedaba abierta la vía para la responsabilidad de los funcionarios. Sin embargo, el Tribunal de Conflictos en el caso “Pelletier” (10 de julio de 1873) estableció la no revisión judicial de la actuación administrativa y con ello retrotrajo la doctrina del *arret* “Blanco”, que en febrero de ese mismo año responsabilizó al Estado por un servicio ineficiente.

Pero aun así, también el sistema francés sería distinto al nuestro, el cual contaba ya con una ley especial de derecho público. Ello por cuanto señala Reiriz que en Francia tras dicho decreto los Tribunales Civiles se hallaban predispuestos a sujetar al Estado al Derecho común⁸⁵, lo cual equivale a apreciar la ausencia de normas *ius publicistas*.

Asimismo, es valor entendido en Inglaterra la persistencia del principio del *common law* “*The King can do no wrong*”, cuyas consecuencias se han prolongado, modificándose recién en 1947 con la *Crown Proceeding Act*⁸⁶.

De la misma manera, señala Mairal, aconteció en los Estados Unidos, en donde el régimen de responsabilidad del Estado comenzó con la negación de dicha responsabilidad, dado que el responsable es el funcionario⁸⁷. Recién en 1946 se dictó la Ley de Demandas de Responsabilidad Extracontractual del Estado - *Federal Torts Act*, que estableció la responsabilidad del Estado en aquellos supuestos en que una persona de derecho privado fuera responsable⁸⁸.

⁸⁴ Sobre el desarrollo posterior de la responsabilidad del Estado en los sistemas comparados, sugerimos ampliar en Mairal, Héctor, *Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*, pp. 367 y sigs.

⁸⁵ Reiriz, p. 12. Respecto de Francia, enseña la autora: “La cuestión de la responsabilidad, en lugar de ser una cuestión de fondo, pasó a ser una cuestión de forma, ya que según el Tribunal que entendiera de la causa sería la solución. La paradójica Francia nos muestra así un señalado retroceso, al tiempo que el siglo XIX tocaba a su fin”. Para la comprensión de las peculiares circunstancias históricas, cita a Duguít en estos términos: “[...] actos que emanan de los agentes del gobierno y que como tales no caen bajo la acción de los tribunales; tal era la concepción imperialista del acto administrativo. Se comprende fácilmente qué impresión debía producir. En realidad, el alma francesa se halla aún dominada por una especie de terror supersticioso con respecto a la administración, aún cuando poco a poco se haya despojado completamente el acto administrativo de su carácter de poder público y de acto discrecional”. (Duguít, León, *Las transformaciones del derecho público*, p. 236, citado por Reiriz).

⁸⁶ Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, 1969, p. 8.

⁸⁷ Señala el autor que en Estados Unidos el funcionario es responsable personalmente por los actos ilegítimos, aunque la ilegitimidad se debiera a la ejecución de una ley inconstitucional. El derecho anglosajón se enorgulleció de que hacía responsable al funcionario igual que a un particular (obra y autor citado, p. 367).

⁸⁸ El mismo autor describió la regla principal de la norma norteamericana en estos términos: “Los Tribunales Federales serán competentes para entender en aquellas demandas por daños monetarios, por daños a las personas o a las propiedades causadas por actos u omisiones negligentes o ilícitas de cualquier empleado de gobierno mientras actúe dentro del ámbito de sus funciones en circunstancias en las cuales los Estados Unidos, si fueran una persona privada, serían responsables frente al actor de acuerdo con la ley del lugar donde ocurrió el acto o la omisión” (obra y autor citado, p. 367).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el hecho de que la *Crown Proceeding Act* haya permitido demandar a la Corona, no implicó la admisión de la responsabilidad por actividad lícita en el sistema de derecho anglosajón. Y de manera similar sucedió en los Estados Unidos, donde la indemnización se sustenta en la idea de culpa⁸⁹.

CUARTA CUESTIÓN: LA TEMPRANA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA

1. Introducción

En la primera jurisprudencia argentina se aprecia una argumentación local, pensada a partir de nuestra realidad y con prescindencia de la fundamentación en sistemas comparados.

En consecuencia, la utilidad de tratarla finca en el hecho de que con anterioridad a *La Fleurette* nosotros ya habíamos construido doctrina y que por lo tanto en nuestra primera época “no exportamos derecho”.

Para ello debe hacerse referencia a los siguientes casos: “El Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes c/ Pérez”, 1876; “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de la Ensenada”, 1906; “Molle c/ Municipalidad de la Capital”, 1930 y el célebre “Laplacette”, 1943.

Dado que el estudio de la primera producción de Nuestra Corte Suprema excede en mucho la finalidad de este trabajo, solo abordaremos el primero de ellos.

2. El caso del “Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires, contra D. Gerónimo Pérez sobre construcción de un conducto de aguas de tormenta”⁹⁰

Sentenciado por nuestro Máximo Tribunal en 1876, verifica la construcción de un sistema de responsabilidad estatal sin culpa pensado desde nuestro ordenamiento y con anterioridad a su reconocimiento por los sistemas comparados.

Es un caso de indemnización de perjuicios, que el propietario tiene derecho a reclamar, cuando los trabajos públicos autorizados por la Administración, sin desposeerle de parte alguna de su inmueble, le causan sin embargo un perjuicio cualquiera, sea restringiéndole o embarazándole en su goce, sea disminuyéndole el valor de su propiedad⁹¹.

Los hechos del caso son los siguientes: por ley del 26 de septiembre de 1870 se dispuso la ejecución de obras de salubricación de la Ciudad de Buenos Aires, comprensivas de la instalación de un conducto de agua de tormenta, cuya traza, al afectar el fundo del demandado –por la necesaria construcción de una galería subterránea a través de su

⁸⁹ Cfr. Coviello, Pedro José Jorge, “La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, 29 de agosto de 2000, p. 2.

⁹⁰ CSJN *Fallos*: 17:473. También citado en Coviello, Pedro, *op. cit.*, p. 2, quien afirma la utilidad de su lectura, dado que “muestra un realismo que luego no se observará en otros pronunciamientos de la Corte Suprema”.

⁹¹ Cfr. considerando 3º del Fallo de Corte, texto resaltado por Coviello en su nota, quien acepta el reconocimiento del Máximo Tribunal a las indemnizaciones provenientes de estos supuestos.

terreno—determinó el ofrecimiento de reparación de perjuicios. Frente a la resistencia del propietario a consentir los trabajos y avenirse a la expropiación, la Comisión demandó judicialmente para obligar al propietario a la aceptación de la expropiación y aceptar la indemnización.

Es interesante la defensa del demandado por su contribución en la configuración del supuesto de responsabilidad estatal y su recepción en el pronunciamiento de Corte. Así sostuvo que en el caso no se configuró ni una servidumbre ni una restricción al derecho de propiedad, ya que el poder administrativo—siendo el único facultado para hacerlo—no le impuso tal gravamen. Y finalmente sostuvo no corresponder la expropiación, puesto que ella debía ser calificada por ley⁹².

Los considerandos de la sentencia de la Corte Suprema serán entonces sumamente atractivos por delinear finamente los trazos de esta especial categoría de responsabilidad del Estado. Si bien no aparecería aún con claridad, nuestro Máximo Tribunal se permite ya a esta altura distinguirla de otros supuestos similares, tales como la expropiación pública. Despliega su razonamiento en los siguientes términos: sostiene que no es expropiación pública ya “que consintiendo la obra que es necesario construir [...] el establecimiento de solamente un caño de desagüe a una profundidad tal, que no afecta ni modifica en nada la superficie del suelo, ni implica la adquisición total ni parcial del referido terreno, cuya propiedad debiera ser transferida por autoridad judicial del dominio privado al dominio público, no es el caso de expropiación por causa de utilidad pública” (considerando 2°).

Continúa afirmando que no se trata de una servidumbre debido a “que este caso ninguna relación tiene con lo que se llama servidumbre de utilidad pública; porque establecidas por disposiciones expresas de las leyes, estas servidumbres se fundan solamente en la voluntad manifiesta del legislador” (considerando 4°).

Y en forma concluyente sienta los elementos que identifican la responsabilidad estatal por actuación lícita, en los siguientes términos: lo califica como un “caso de indemnización de perjuicios [...] causados por la Administración en la ejecución de los trabajos públicos, a la propiedad particular, sin que haya incorporación al dominio público de ninguna parte de ella [...] regidas por el derecho administrativo [...] debiendo por lo tanto las acciones por indemnización [...] deducirse ante la autoridad administrativa que con sus hechos o los de sus agentes los haya causado o pretenda causarlos”. (Cfr. considerandos 3° y 5°).

3. “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de la Ensenada contra el Gobierno Nacional, por indemnización de daños y perjuicios”

El atractivo de este caso—sentenciado en 1909—sobre indemnización por revocación de un contrato de concesión ferroviaria, finca no solo en la presentación de los elementos

⁹² Cfr. *Fallos*: 17:473. La mención de la defensa es importante porque deja entrever el contexto en el cual se dictó el Fallo, el estado de la discusión en ese momento en torno a la expropiación, las restricciones al dominio y esta embrionaria categoría de contornos aún no definidos. Sobre la incidencia del contexto en la comprensión del caso sugerimos ver Gordillo, “Cómo leer una sentencia” y “Una celebración sin gloria”.

que posteriormente se convertirán en la revocación del acto administrativo por razones de interés público, sino también en la meridiana claridad con la cual caracterizó al contrato administrativo de concesión, clarificando un supuesto del sistema de responsabilidad por actuación lícita y su problemática constitucional.

El caso busca dilucidar la siguiente cuestión: si la empresa del Ferrocarril Ensenada tiene derecho para cobrar al gobierno de la nación una suma de dinero, como indemnización, por haber ordenado por decreto del 18 de febrero de 1897 el levantamiento de la vía férrea existente entre la estación central y la de casa amarilla, línea que dice le pertenecía⁹³.

Es interesante reparar en la conexión que se establece en un pasaje del fallo entre las circunstancias que determinaron la implementación de las concesiones ferroviarias, el ejercicio de las potestades rescisorias, el deber estatal de indemnizar y su implícita vinculación con los postulados de la prosperidad: “[...] la situación del país en la época de la concesión si se tiene en cuenta que organizada la confederación después de la caída del gobierno de Rosas la Nación y las Provincias se preocuparon de dictar leyes tendientes a su progreso y bienestar concordantes con las condiciones especiales de la república. Estas poseían grandes extensiones de territorios despoblados e incultos no obstante la bondad de su suelo y de su clima; y su política fue, como no pudo menos, encontrar, como instrumento, un sistema de franquicias, privilegios y liberalidades para con los capitalistas que quisieran establecer líneas férreas y tanto más atrayentes cuanto que la anarquía y guerras civiles por las que se había pasado, y las mismas relaciones internacionales, hasta el año 1852, no eran más favorables para atraer empresas ferroviarias al país. Esta política ha sido constante en la república, y con ella y mediante concesiones no solo de tierras públicas, sino también de garantías de intereses y exoneraciones de impuestos, se han otorgado después casi todas las líneas férreas del país [...]”⁹⁴.

Será entonces que la noción de prosperidad, tematizada como una potestad, formulada como finalidad y justificación de los poderes de intervención estatal en la economía, será ahora abordada como una garantía, como un principio del cual luego se deducirá la regla de oro que sentará el fallo. Si el Estado ejecutó una política de intervención en la economía, como lo fue el otorgamiento de estas concesiones teniendo en miras la prosperidad, será allí donde residirán las garantías de propiedad del concesionario por haber tenido en miras la celebración de una *concesión a perpetuidad*. Así expresa el fallo: “[...] el derecho de la empresa al mantenimiento de la vía, de cuyo levantamiento se trata, fue una concesión perpetua, para construir y explotar a perpetuidad una línea de ferrocarril por locomotoras a vapor, según los términos del contrato, y no una simple concesión graciable y precaria, y por lo mismo, mientras la empresa no haya renunciado a ese derecho, lo que no se presume, debe juzgarse que conservó sus derechos primitivos”⁹⁵.

⁹³ Página 365.

⁹⁴ Considerando 14

⁹⁵ Considerando 23.

Quizás por primera vez y quebrando la doctrina imperante, nuestra Corte Suprema sienta la regla para establecer la procedencia de la reparación en supuestos en que el Estado obra lícitamente como poder público, en estos términos: “[...] que, por consiguiente, si en virtud del interés general, se pretendiese revocar ese derecho, la justicia y la equidad reclaman sea reparado el perjuicio que con ello ocasionare [...]”⁹⁶.

Sin dudas esta formulación tuvo para la Corte carácter general dado que seguidamente estableció el único supuesto en el cual se exceptiona al Estado de indemnizar: “[...] cuando el gobierno ha querido autorizar la colocación de rieles solamente con carácter provisorio y subordinada la concesión al levantamiento de la vía, sin derecho a indemnización de perjuicios, lo ha consignado así de manera expresa [...]”⁹⁷.

El fallo es atractivo, también en este punto, porque deja entrever en estos conceptos los caracteres de la precariedad, el precario, como elemento que priva del derecho a la indemnización. Por tanto, toda revocación será indemnizable siempre que no se haya establecido su precariedad. Y concluye sentenciando “[...] que la nación es responsable de los daños e intereses que por los decretos del 18 de febrero y 20 de marzo de 1897, sobre levantamiento de la vía pueda haber ocasionado a la empresa del ferrocarril [...]”.

Es útil destacar que el reconocimiento del deber estatal de indemnizar por los perjuicios que cause su actuación lícita como poder público, ya se encontraba planteado en el dictamen del Procurador Fiscal. Sumamente persuasivo, el dictamen delimita con fineza el fundamento constitucional de la revocación por interés público, en estos términos: “[...] impera también ahora, el principio de que nadie puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra el orden público, ni menos sobre las cosas de orden común, y estaba vigente, además, la legislación española que establecía terminantemente en muchas de sus disposiciones, que las cosas de uso común no pueden ser enajenadas ni sometidas a servidumbres o usufructos perpetuos”⁹⁸.

Y esta noción aparece en el fallo como integrante de lo que más tarde será la teoría general del contrato administrativo. Con una sencillez admirable, se delinean los contornos del contrato administrativo de concesión de servicios públicos: “[...] el decreto del gobernador de Buenos Aires del 16 de febrero de 1860, en el que se fijan las bases a que debía ejecutarse el concesionario de la obra del ferrocarril a la Ensenada, importa un verdadero contrato bilateral y a título oneroso, pues si bien se acuerdan privilegios, exenciones y derechos al concesionario, se le imponen, en cambio, diversas obligaciones, a cuyo cumplimiento queda legalmente comprometido y que son hasta cierto punto como la justa compensación de aquellas”.

⁹⁶ Considerando 24. Cfr. Coviello, Pedro, *op. citada*. Al comentar el fallo señala respecto de la formulación del principio general: “Vemos así que aparece un concepto que puede conceptuarse como fundamental, que es una aproximación a la doctrina que serviría para asignar responsabilidad al Estado cuando actúa lícitamente como poder público: la justicia y la equidad”.

⁹⁷ Considerando 25.

⁹⁸ Dictamen del Procurador Fiscal, p. 343.

Los conceptos anteriores se integran dentro del dictamen del Procurador Fiscal cuyo contenido consolidará la doctrina del fallo. Es entonces que quizás en el dictamen encontremos el origen de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia y lo que luego será el inicio de la tematización del Artículo 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Ello se advierte al decir: “[...] la llamada perpetuidad de la concesión podrá ser discutida bajo el punto de vista de la utilidad o conveniencia que hubiera para los intereses públicos en acordarla en esa forma, pues, en manera alguna bajo el de la legalidad de la cláusula”⁹⁹.

4. “Molle c/ Municipalidad de la Capital”

Este caso sentenciado en 1930 puede entenderse continuador de la línea jurisprudencial inaugurada en el primero de los casos analizados. Los hechos son los siguientes: un vecino solicitó un permiso de obra a la Municipalidad de la Capital para realizar reformas sobre dos inmuebles construidos entre los años 1911 y 1912, exigiéndosele la observancia de determinadas medidas de construcción. Si bien estas cargas fueron respetadas por el actor, sucedió luego que con motivo de la ejecución de obras de repavimentación en la zona, altamente inundable, las fincas de Molle debieron ser refaccionadas por su propietario, motivando el reclamo de daños y perjuicios.

La acción es rechazada por el Juez de Primera Instancia, con fundamento en la legitimidad del obrar Municipal de dar nivel definitivo usando facultades privativas que le son propias. Entiende que tal comportamiento no pudo calificarse de ilícito y que consecuentemente no existe daño causado en los términos que prescribe el Código Civil¹⁰⁰.

La Cámara, siguiendo la eximia pluma de Salvat, revocó el pronunciamiento y concretó el fundamento constitucional, perfilado en los anteriores fallos, encontrándolo en el Artículo 16 de la CN.

Así sostuvo: “Se dice que se trata del ejercicio de una facultad privativa y que el cambio de nivel de las calles puede estar impuesto por las más graves necesidades de carácter público. Es exacto; pero no puede, ni debe desconocerse que, por lo mismo que se trata de necesidades públicas, la obra se realiza en beneficio de la colectividad, y que nos sería justo, por eso, que los perjuicios derivados de ella debiesen pesar exclusivamente sobre los propietarios linderos [...] eso sería contrario a toda idea de equidad”.

El carácter de responsabilidad propia del derecho público fundada en el obrar administrativo legítimo, resulta también trabajado en el voto del Dr. Senillosa. Se reconoce la legitimidad del obrar municipal y el derecho de obtener una indemnización por las reformas efectuadas por el propietario. Dicha indemnización queda librada a la autoridad judicial, sin que importe poner en oposición al derecho público con el privado y entendiendo que lo contrario quebranta los Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

⁹⁹ Dictamen del Procurador Fiscal, p. 347.

¹⁰⁰ Al amparo de los Artículos 1068, 1069 y 1071 del Código Civil, el Magistrado sostuvo que el poder público no ha hecho otra cosa que cumplir ordenanzas dentro de la órbita de sus derechos y atribuciones.

En términos categóricos concluye “[...] que si está hecha, ordenada y autorizada la obra de la nueva pavimentación y con ella se ha perjudicado el bien o el dominio de un vecino, debe indemnizarlo [...]”.

5. “Juan Laplacette y otros c/ Provincia de Buenos Aires”

Este fallo sentenciado el 26 de febrero de 1943 inaugura, por decirlo de alguna manera, la historia conocida sobre esta categoría de responsabilidad y resulta por lo tanto de ineludible mención en todo trabajo sobre la materia¹⁰¹.

Los hechos son los siguientes: por la ley provincial del 14 de enero de 1904, se mandó a construir el Canal de Navegación del Norte, de acuerdo con los proyectos confeccionados por el Departamento de Ingenieros, y dicha ley autorizaba la expropiación de 250 metros lineales a cada lado del canal, superficie que sería indispensable para la excavación. Así serían embalsadas las aguas de alimentación y explotación de un puerto de ultramar en el Paraná de las Palmas. Una de las bases del proyecto era el aprovechamiento de las aguas que deberían embalsarse en las lagunas de Mar Chiquita, Carpincho y Gómez.

Dicha obra fue realizada por la Administración en 1907. Por las sequías posteriores, no se obtuvo el efecto deseado, hasta que en 1911 la laguna de Gómez creció y rompió el tajamar construido, reparado en 1913 y vuelto a romper en 1914. Con ello, esa laguna se convirtió en una laguna navegable, elevando su nivel en 1,13 m, inundando, de esta forma, las tierras adyacentes, substrayéndolas en absoluto del uso útil a que pudieran ser destinadas; siendo importante destacar que los terrenos linderos con la laguna Gómez eran utilizados para pastoreo y agricultura.

Debido a dicha obra el caudal de la laguna de Gómez produjo desde 1911 la inundación e inutilización en forma permanente de porciones de las tierras de Juan Laplacette, La Agraria S.A.I.A. & G. y Catalina Laplacette de Ladoux.

Frente a ello, los actores promovieron acciones judiciales con arreglo a la ley provincial de expropiación¹⁰². Se argumentó que la misma ley que había ordenado la obra, autorizaba la expropiación de todo aquellos que fuera necesario. En cambio la provincia, en este caso, había tomado tierras sin la debida indemnización previa. Por ello los actores reclamaban la expropiación. Así las cosas, la Corte sentenció estableciendo que al no haber transmisión de dominio de los particulares a la provincia, no correspondía la expropiación. En esos juicios, iniciados en junio de 1924¹⁰³, la Corte declaró por mayoría que no procedía la expropiación sino la acción por daños y perjuicios, en el fallo de abril de 1933.

¹⁰¹ Cfr. Greco, Carlos Manuel, “Indemnización y responsabilidad en el Derecho Administrativo”, en *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, p. 762. Señala el autor que, cronológicamente, es probable que la cuestión se abordara por primera vez en este fallo.

¹⁰² *Fallos*: 168:35.

¹⁰³ Los damnificados eran Juan Laplacette, la Sociedad La Agraria y Catalina Laplacette de Ladoux.

Tras obtener esa sentencia adversa, los actores inician una nueva acción incoando un reclamo de daños y perjuicios a la luz de los hechos descriptos y las pautas establecidas por el Máximo Tribunal.

En consecuencia, el nuevo planteo tiene como fundamento “que los hechos han sido reconocidos total e íntegramente por el Fallo de la Corte que sobre el particular hace cosa juzgada [...] y solo se trata ahora de fijar la indemnización que el Estado, como el particular que procede lícitamente a construir una obra, debe indemnizar los daños y perjuicios que ocasione [...]”. (Resultandos, p. 71).

El fallo resultará entonces sumamente atractivo por cuanto los lineamientos de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa se formulan ya desde el inicio a partir del planteo de prescripción introducido por la provincia demandada.

Para calificar la naturaleza de la acción, a fin de resolver la prescripción, el fallo establece, en primer término: “[...] la acción deducida no es la que nace de los actos ilícitos, ya que solo lo son los expresamente prohibidos por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía –Art. 1066, CC– y en el caso la demandada ha obrado como poder público, en ejercicio de sus atribuciones, realizando una obra pública que ha considerado de utilidad general” (considerando 4°).

Luego, la Corte distingue la responsabilidad por los actos ilícitos y zanja la cuestión de la prescripción mediante el nuevo encuadramiento del caso: “Es indudable que ninguno de los principios que rigen la responsabilidad por los actos lícitos tiene su aplicación en un caso así y que, por lo tanto, la prescripción del Artículo 4037 del Código Civil no puede ser invocada válidamente” (considerando 4°).

Y continúa en estos términos: “Que si bien puede divergir sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer valer esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria” (considerando 5°). Desde esta perspectiva, encuentra en el régimen de expropiaciones la llave que permite abrir la solución del caso¹⁰⁴.

Sin embargo, debe advertirse que el fundamento por el cual rechazó las demandas anteriores por expropiación, fue adverso y fincó en la clara inaplicabilidad del régimen de expropiaciones en estos términos: “Que no pueden confundirse las acciones tendientes al resarcimiento de un daño, con las derivadas del derecho a la expropiación, toda vez que sus fines son inconfundibles; tienden las primeras a la indemnización de un perjuicio ocasionado por el hecho del otro sin variación alguna en el dominio perteneciente al perjudicado. Por el contrario, las segundas afectan directamente al dominio que pasa del expropiado al

¹⁰⁴ Es el considerando 6° del Fallo: “Que a falta de esa disposición legal expresa, no hay duda que la solución debe buscarse en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 16 del CC, y que no hay otras que las que rigen la expropiación”.

expropiante. Puede suceder que el monto del daño a indemnizarse se equipare al precio total de la cosa [...] pero esta circunstancia de hecho no afecta la naturaleza de las acciones respectivas”. (Cita del anterior pronunciamiento de CS efectuada en el considerando 8°).

Este considerando es de interés porque en nuestra opinión su objeto fue algo más que la distinción del régimen procesal de ambas acciones, dado los términos en que fue planteada. Así, la diferente finalidad encontrada entre las acciones, al implicar su naturaleza diversa, debiera haber determinado la imposibilidad de resolver la segunda sentencia por la aplicación analógica del instituto de la expropiación. No se nos escapa que no solo –como lo expresa la sentencia– “sus fines son inconfundibles”¹⁰⁵, sino también su régimen y estatus constitucional.

Siendo ello así, la nueva acción solo compartirá con la anterior los hechos del caso mas no la misma causa jurídica del reclamo. Entonces se advierte poco feliz el razonamiento al sostener: “[...] Ahora intentan la nueva acción para la reparación de los daños fundados en la misma causa”.

Ello dado que luego sostendrá: “Que la responsabilidad de la Provincia por los daños y perjuicios causados por la obra ha sido suficientemente establecida al tratar la naturaleza de la acción deducida. La responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencia sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general [...]” (considerando 13).

Es importante señalar que esa doctrina general –expresamente citada– en la cual se apoya el razonamiento de la Corte es en primer término el “*Precis de Droit Administratif*” de Maurice Hauriou, como el máximo exponente de la doctrina francesa existente en la materia por ese entonces. Luego formula la inexcusable referencia a la doctrina alemana encarnada en Otto Mayer y Fritz Fleiner¹⁰⁶.

Argumentando a partir de la traza expuesta la Corte sentenciará: “Esta es la única solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales [...]” (considerando 13°).

En este punto advertimos que la distinción responsabilidad - expropiación no es formal sino que es consecuente con la diversa sustancia de la potestad de intervención estatal exteriorizada. Los hechos de este caso revelan que el Estado no puso en obra su potestad expropiatoria, puesto que la finalidad y el objeto de su intervención no fueron expropiatorios.

¹⁰⁵ Considerando 9°, p. 77 último párrafo.

¹⁰⁶ Greco, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 759. Señala: “En la evolución histórica de la teoría de la indemnización en el derecho administrativo y particularmente en su plataforma dogmática debe hacerse mención de dos autores clásicos en la materia. Uno es Meyer y el otro es Fleiner. Éste, precisamente, es el que en mi opinión ha expuesto con mayor rigor sistemático los fundamentos de la indemnización debida al particular aun en las hipótesis de ausencia de responsabilidad por parte de la Administración. Los ejemplos de Fleiner son de la más variada gama, pero el criterio fundamental apunta al establecimiento para una determinada categoría de ciudadanos de sacrificios pecuniarios que no inciden respecto de otras categorías”.

6. La crisis de “Laplacette”

Es necesario detenerse a comentar las razones por las cuales la Corte entendió que en los hechos del caso hubo expropiación.

Advertirá el lector que este fallo se inscribe dentro de un modelo de Estado fuertemente intervencionista. Nos encontramos en 1943 y, por consiguiente, dentro del inicio del esplendor de aquel modelo que iniciado a principios de 1930 se extenderá hasta finales de la década de 1980. Es el modelo de Estado (social de derecho – de bienestar) caracterizado por la exteriorización de fuertes poderes de intervención en la economía en su carácter de mediador de las fuerzas sociales. Se aprecia entonces que una técnica –atributo– de tales poderes de actuación es la expropiación pública.

Es entonces que la vinculación con el modelo de Estado determinará la solución de la Corte.

Sin embargo, si bien ello explica para nosotros la aparente contradicción, no ocurrirá lo mismo con la evolución jurisprudencial y doctrinaria posterior que encuentra en este fallo la génesis local de la responsabilidad estatal por actuación lícita.

Basta con consultar la obra de la más calificada doctrina *ius* publicista argentina contemporánea para verificar lo expuesto: el surgimiento de este sistema a partir de este fallo. De ello se seguirá que la discusión acerca de las categorías jurídicas fundamentales de esta clase de responsabilidad serán construidas, si se me permite, a partir del corset terminológico, de las anteojeras argumentales; esto es, desde los términos literales delineados en el fallo, a partir de los cuales se establecerán los términos de la discusión futura, con pérdida del contexto dentro del cual se dictó esta sentencia.

Veremos más adelante que la jurisprudencia posterior construyó la discusión a partir de la letra de este fallo, prescindiendo si el modelo de Estado, determinante de la extensión de sus poderes de intervención, y las garantías constitucionales y las consagradas en los ordenamientos particulares habían o no mudado su extensión.

Entonces, la discusión posterior se centrará en una construcción dogmática con prescindencia de cuestiones cuyo análisis nos es central en el siglo XXI: la justificación filosófica política del Estado dentro del cual se plasma el poder de intervención, la probable modificación del modelo de Estado y su recepción en el plexo constitucional y posterior concreción en el plano normativo y, finalmente, los hechos del caso o el plano fáctico. La integración de estos planos de análisis a la discusión hubieran permitido analizar las circunstancias que rodearán a los casos como elemento de evaluación y justificación de la mayor o menor intensidad de las lesiones que producirán las potestades que entrarán en juego en cada uno de ellos. Con ello se hubiera aventado el riesgo de construir este sistema, en crisis desde hace más de diez años, partiendo del dogma del fallo.

Veremos que los actores del sistema judicial argentino de la segunda mitad del siglo XX mantuvieron la discusión en los términos que se plantearon en “Laplacette”, pese a la mutación constante del poder de intervención del Estado, la extensión de las garantías y la lenta pero segura evolución del plexo constitucional y el plano normativo.

La verificación de lo expuesto se sugiere a partir de la formulación de las siguientes preguntas (cuyas respuestas dejo libradas al lector):

¿Con la sanción del Decreto Ley de Procedimientos Administrativos se mantuvo el esquema de prerrogativas y garantías anterior?

¿Puedo validar los términos de esta discusión iniciada en la década de 1940 e inconclusa aún, a la luz de la paulatina incorporación y jerarquización del orden internacional de los derechos humanos a nuestro ordenamiento interno a partir de la década de 1980, su recepción constitucional en 1994 y su posterior consagración como orden público supranacional?

¿Puede mantenerse el esquema anterior pese a la incorporación de estas dos categorías de normas (procedimientos administrativos y derechos humanos)?

QUINTA CUESTIÓN: LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS A PARTIR DEL *ARRET* “LA FLEURETTE”¹⁰⁷ Y LA TARDÍA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO COMPARADO

1. Aproximación al tema

La doctrina nacional ha señalado en reiteradas oportunidades la importancia de reparar en los precedentes franceses, por entender que han sido la fuente inspiradora de la mayoría de las instituciones de derecho público local dado su avanzado desarrollo en la materia. Respecto de nuestro sistema de responsabilidad estatal por actividad lícita, los autores acuerdan en la importancia del fallo “La Fleurette”, tanto por el impacto que tuvo en la construcción francesa posterior, cuanto por su contribución en la conformación del sistema argentino¹⁰⁸.

¹⁰⁷ “Société Anonyme des produits laitiers La Fleurette”, publicado en *Les grands arrêtes de la jurisprudence administrative*, Paris, Colection Droit Public, Sirey, Éditions Dalloz, 1993, pp. 304 a 311.

¹⁰⁸ Los autores enseñan la importancia de abordar este caso en función de sostener que se trata de la Sentencia básica del Consejo de Estado Francés en esta materia. (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, p. 241. Coviello, Pedro, “La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, *ED Suplemento de Derecho Administrativo*, del 29 de agosto de 2000. Bianchi, Alberto, “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, pp. 90 y sigs.). En igual sentido dijo con anterioridad el extinto Maestro Marienhoff: “En Francia hasta el año 1938 no se aceptó la responsabilidad del Estado Legislador, salvo que el propio legislador aceptare tal responsabilidad. Ello ocurrió en un caso que por implicar un cambio trascendental en las prácticas jurídicas de Francia, adquirió gran notoriedad, y que dado el prestigio del Consejo de Estado de Francia y lo plausible de la decisión adoptada, ejerció gran influencia en el ámbito jurídico del mundo occidental. Me refiero al caso relacionado con la Sociedad La Fleurette”. (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, p. 736). Incluso el prestigioso Maestro francés Laubadère señaló que el principio de la irresponsabilidad del Estado legislador fue abandonada después de este fallo. (Laubadère, André de, *Traité de Droit Administratif*, T. I, París, 1980, p. 740).

No hay duda del decisivo aporte comparado y en especial de la doctrina del Consejo de Estado francés. Sin embargo una relectura de sus precedentes nos permitirá apreciar que la construcción de sus doctrinas llamadas de la “responsabilidad sin culpa”, “por ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas” o “por el hecho de las leyes”, tiene su inicio con anterioridad al caso “La Fleurette”¹⁰⁹.

Veremos que a partir de 1906 el Consejo de Estado dictó una serie de pronunciamientos que perfilaron la doctrina que receiptó “La Fleurette” y que asimismo se perfeccionó en toda la construcción posterior. De esta forma resultará que la doctrina de este caso es la sumatoria de la evolución anterior siendo significativa en su conjunto y no como un pronunciamiento aislado que constituya el hito que con posterioridad se preconizó.

De allí la importancia del análisis que realizaremos en este acápite, el cual sirve de presupuesto para determinar la originalidad del sistema argentino construido por nuestra Corte, que si bien reparó en antecedentes comparados perfiló un sistema propio a partir de nuestras propias bases constitucionales. La exposición que sigue nos resulta atractiva por cuanto nos permite apreciar con claridad las similitudes y diferencias existentes entre la construcción francesa y la local.

Como fuera anticipado, el punto de inicio de nuestro análisis es el *arret* “La Fleurette”, por haber sido el punto de partida de la doctrina *ius* administrativa argentina en la tematización del sistema.

El caso recepta, como supuesto de responsabilidad del Estado por actuación legítima, aquellas normas que establecen fuertes restricciones a la libertad contractual entre particulares. A partir de su dictado, la doctrina francesa consideró la existencia de supuestos de responsabilidad estatal por el “hecho de las leyes”¹¹⁰. Sin lugar a dudas, constituye en Francia el inicio de la juridización de la Responsabilidad del Estado Legislador.

Dictado el 14 de enero de 1938 por “L’Assemblée du contentieux” del Consejo de Estado, esta resolución implicó un vuelco en la concepción francesa de la ley¹¹¹.

2. Los antecedentes de 2La Fleurette”. Del *arret* “Duchatelet” a “Société Amann-Firmery”

En 1838, un siglo antes del fallo “La Fleurette”, el Consejo de Estado, en el fallo “Duchatelet”¹¹², había concluido en la irresponsabilidad total del Estado legislador. Es interesante señalar algunos detalles de hecho que rodean a este caso: el Sr. Duchatelet

¹⁰⁹ Lo expuesto surge de la jurisprudencia del Consejo de Estado y sus comentarios doctrinales, que se reseñan en este trabajo y se encuentran contenidos en la célebre compilación, de reedición permanente; “*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Éditions Dalloz, 1993, comentada por eminentes juristas como Prosper Weil y Guido Braibant, entre otros. El texto de esos fallos y las interrelaciones construidas por tales autores han guiado nuestro análisis del desarrollo francés.

¹¹⁰ *Responsabilité du fait des lois*, obra citada, p. 304.

¹¹¹ Según afirma Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, p. 62 con cita a Bérthélemy.

¹¹² Duchatelet, sentencia del Consejo de Estado del 11 de enero de 1838.

era fabricante de tabaco artificial. Una ley del 12 de febrero de 1835 había prohibido la fabricación, circulación y la venta de tabaco artificial únicamente para garantizar el monopolio fiscal de tabacos y sin alegar contra los fabricantes el carácter perjudicial del tabaco artificial para la salud pública. Va de suyo que la norma no había previsto indemnización para los particulares afectados por esta prohibición. Este dato es de importancia ya que el Consejo de Estado frente al silencio de la ley no reconoció su potestad para acordar la indemnización.

En el mismo sentido se había pronunciado a propósito del establecimiento del monopolio de los fósforos en el *arret* “Moroge”, al señalar: “[...] considerando que el Estado no habría sido responsable de las consecuencias de las leyes que, dentro de un interés general, prohíben el ejercicio de una industria, a menos que las disposiciones especiales hayan intervenido en este sentido”.

Es de interés señalar que esta tendencia se comprendía en una época en la que la Responsabilidad del Estado administrador no estaba todavía enteramente reconocida. Así la doctrina francesa lo explicaba arguyendo la generalidad de los actos legislativos y de la soberanía del legislador. La ley es un acto de la soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que se pueda reclamar de ella alguna compensación. El legislador puede solamente apreciar, de acuerdo a la naturaleza y la gravedad del daño, de acuerdo a las necesidades y los recursos del Estado, si él debe acordar esta compensación. Y concluye: “[...] la judicatura no puede concederla en su lugar”¹¹³.

Sin embargo, quien siga la evolución de la responsabilidad de la Administración notará que desde el último cuarto de siglo XIX, la irresponsabilidad del Estado legislador no se impuso más con la misma contundencia.

Es interesante entonces advertir que el proceso de reconocimiento de la responsabilidad “por el hecho de las leyes” se inicia con anterioridad al caso “La Fleurette”. El 27 de julio de 1906 el Consejo de Estado dictó el *arret* “Compagnie de Joudreville”, por el cual se reconoció el derecho a la indemnización a los cocontratantes del Estado que por el hecho de legislaciones nuevas sufriesen “cargas nuevas e imprevistas”¹¹⁴.

Si bien con posterioridad a este caso el Consejo de Estado continuó negándose a acordar una indemnización a los particulares “lesionados por una ley”, el rechazo no obedeció más a motivos tan generales y absolutos como en el pasado. Vale decir, si hasta ese momento la improcedencia era fundada en el genérico silencio del legislador, a partir del fallo que comentaremos el rechazo se encontraría fundado en la voluntad del legislador.

Es así que en 1921 la Sociedad Premier y Henry, fabricantes de licor de ajeno, demanda la reparación por el perjuicio que había sufrido por la ley del 16 de marzo de 1915, que prohibió su fabricación. El Consejo de Estado, considerando que dicha ley era una medida

¹¹³ Así lo explica Braibant con cita a Laferrière, en su comentario al *arret* “La Fleurette”. Obra citada, p. 305.

¹¹⁴ El fallo comentado tuvo por objeto reconocer indemnización a las sociedades mineras concesionarias del Estado, por los perjuicios sufridos a consecuencia de las potestades que la ley del 27 de junio de 1880 confirió a los Prefectos a fin de prohibir los trabajos subterráneos en la proximidad de una línea de ferrocarriles.

general tendiente a impedir la fabricación de productos peligrosos y que “no había previsto ninguna indemnización”, concluyó que la voluntad del legislador era no indemnizar a los demandantes¹¹⁵.

En el mismo sentido denegó indemnizaciones a sectores económicos que realizaban actividades toleradas luego prohibidas por ley posterior. Es el caso de la ley del 16 de octubre de 1919, “que por medida general y en vista de poner fin a los abusos constatados desde hace tiempo ha agravado las penas pronunciadas en [...] el Código Penal a quienes hayan negociado prendas de Montepíos”¹¹⁶.

La doctrina francesa efectúa esta reseña para demostrar que la improcedencia de los reclamos indemnizatorios no constituyó regla general. Se explica que obedecía a la finalidad de aquellas disposiciones legislativas que perseguían poner fin a situaciones o actividades de marcado rechazo social. La flexibilidad de la jurisprudencia que determinaría el fallo “La Fleurette” fue anunciada más netamente en 1934 en el *arret* “Société Amann-Firmery”, por el cual el Consejo de Estado admite la hipótesis sin hacer aplicación en el caso, que la ejecución de la ley podría otorgar derecho al beneficio de los interesados¹¹⁷.

3. El *arret* “Coutiéas” como antecedente directo de “La Fleurette”

Como antecedente directo de “La Fleurette” encontramos el *arret* “Coutiéas”¹¹⁸, pronunciado en 1923, por el cual se reconoció el derecho de un particular a obtener reparación por las medidas administrativas que no constituyendo aplicación directa de una ley ocasionen a un particular perjuicios “especiales y anormalmente graves”. Es importante señalar que en este caso no se trata de la responsabilidad del Estado por el “hecho de las leyes” sino por medidas administrativas legítimas que al lesionar el interés de un particular producen la “ruptura de la igualdad ante las cargas públicas”. Traduce un claro supuesto de lo que en nuestro país constituiría la responsabilidad por actuación legítima.

Las razones que permiten tenerlo como antecedente de “La Fleurette” se determinan en la definición de la índole del perjuicio indemnizable y su fundamento determinado en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, sobre el cual se construirá toda la jurisprudencia ulterior en la materia¹¹⁹.

¹¹⁵ CE 29-4-1921, *Société Premier et Henry*, Rec. 424; S. 1923.3.14.

¹¹⁶ CE 14-11-1923, *Chambre Syndicale des marchands de reconnaissance du Mont-de-Piété*, Rec. 726.

¹¹⁷ *Société Amann-Firmery*. Sentenciado por la *Section du contentieux* el 16 de marzo de 1934. La doctrina allí construida sirvió de base para que pocos años más tarde la *Assemblée du contentieux* se pronunciara en el ya mentado *arret* “La Fleurette”. (*Les grands arrêts...*, cit., p. 306).

¹¹⁸ CE 20-11-1923. Publicado en *Les grands arrêts...*, cit., p. 238.

¹¹⁹ Como se señala en el comentario al *arret* “La Fleurette”, ambas jurisprudencias reconocen el mismo fundamento de ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas (*l'égalité devant les charges publiques*) y los mismos límites en cuanto a la indemnización; la exigencia de un perjuicio anormalmente grave y especial (*préjudice anormalement grave et spécial*). *Les grands arrêts...*, cit., p. 310.

4. El *arret* “La Fleurette” y sus derivaciones

Se llega entonces al caso “La Fleurette”. Esta sociedad de productos lecheros sufrió una prohibición de fabricación y comercio impuesta por la ley del 9 de junio de 1934. Como en los fallos precedentes, el Consejo de Estado analiza la voluntad del legislador, no solamente en el texto de la ley, sino también dentro de los “trabajos preparatorios”, pero contrariamente a los fallos precedentes y al punto de vista de su comisario de gobierno, concluye que el legislador no ha querido hacer soportar a los demandantes la carga que él ha creado.

Es interesante resaltar un extremo de la causa que demuestra la posición sostenida en punto al inicio anterior de este iter pretoriano. El Consejo de Estado indaga si la actividad de la Sociedad tiene un carácter reprobable o nocivo para la colectividad y concluye por la negativa. La actividad comercial ahora prohibida no resulta ser contraria al interés público y ni siquiera constituye una actividad de las llamadas “toleradas”. En consecuencia le es acordada una indemnización fundada en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. La carga sufrida por la empresa resultó ser de suma significación por cuanto no solo se encuentra obligada a frenar su actividad sino que resultó ser la única de su sector en ser alcanzada por la prohibición de la ley. De esta forma se entendió que encontrándose atacado el principio de igualdad ante las cargas públicas, los perjuicios deben entonces ser soportados por la colectividad.

De lo expuesto se desprende que en “La Fleurette” se sistematiza y desarrolla la jurisprudencia anterior, estableciendo dos condiciones en las cuales los perjuicios causados por las disposiciones legislativas pueden dar derecho a reparación. La primera de ellas se configura cuando resulta de la letra de la ley o de su espíritu que el legislador no ha querido hacer soportar el perjuicio a las víctimas de la ley, lo cual se evidencia cuando la actividad de aquellos no tenía un carácter reprobable, contrario al interés público. La segunda se determina por la gravedad, importancia y especialidad de los intereses afectados por la carga impuesta.

La importancia del fallo se determina porque a partir de entonces el Consejo de Estado extiende la aplicación de sus principios a otras formas de actuación legítima del Estado, dando inicio a la construcción doctrinaria sobre la responsabilidad estatal por actuación lícita. Así se extenderá su aplicación en el siguiente orden: los decretos coloniales¹²⁰, los decreto-leyes¹²¹, los reglamentos “legalmente dictados”¹²² y las medidas individuales de aplicación de una ley¹²³ y, finalmente, se aplicó la doctrina a las convenciones internacionales regularmente incorporadas al orden jurídico interno¹²⁴.

¹²⁰ *Compagnie générale de grande pêche*, Rec. 23, resuelto el 14-1-1938.

¹²¹ *Société des Établissements Lacaussade*, Rec. 231, resuelto el 22-10-1943.

¹²² *Manufacture française d'armes et de cycles*, 27-1-1961. Luego el mismo año en *Commune de Gavarnie*, Rec. 113.

¹²³ *Société des Ateliers du Cap Janet*, Rec. 450, J.C.P. 1950.II.5861.

¹²⁴ *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, resuelto por la Asamblea del Contencioso el 30-3-1966.

Esta última materia, también abordada por autores europeos, abre a estudio en nuestro medio sobre la aplicabilidad de sus contenidos a los efectos dañosos que puedan ocasionar las normas producidas por órganos supranacionales, como por ejemplo, en nuestro caso, el Mercosur, u otras formas tendientes a la integración regional, tales como el ALCA, entre otros.

A la luz de los fallos que le siguieron, la doctrina francesa explica que el caso “La Fleurette” subordina la responsabilidad del Estado a dos condiciones; teniendo en cuenta la voluntad del legislador y los caracteres del perjuicio.

De esta forma la responsabilidad del Estado legislador no es admitida más que si el texto mismo de la ley y sus trabajos preparatorios no permiten pensar que el legislador ha entendido excluir toda indemnización¹²⁵. En este sentido, en un caso planteado por daños producidos por una ley que prohíbe dentro de lugares públicos ciertos juegos de azar, el Consejo de Estado ha rechazado la responsabilidad al advertir que los trabajos preparatorios de una ley traducían la voluntad del legislador de excluir toda indemnización del perjuicio resultante de prescripciones legales¹²⁶. Y así se aprecia que la tendencia jurisprudencial es considerar que tratándose de “actividades toleradas” toda ley que interviene en un interés general y preeminente contiene tal exclusión.

De esta forma se deniega la reparación cuando la ley ha buscado reprimir actividades fraudulentas o reprobables, o para poner fin a una actividad peligrosa. Sin embargo, el Consejo de Estado ha establecido la presunción de que ni las disposiciones de la ley ni los trabajos preparatorios excluyen en principio la posibilidad de una indemnización dependiendo de la naturaleza del perjuicio¹²⁷.

En punto a los caracteres del perjuicio indemnizable el Consejo de Estado entendió que el Estado solo responde frente al daño cierto y directo¹²⁸, el cual asimismo debe ser especial¹²⁹ y anormalmente grave.

¹²⁵ *Compagnie de navigation Fraissinet*, Rec. 635, 22-11-1957.

¹²⁶ *Société Stamboulli Frères*, Rec. 963, 11-7-1990.

¹²⁷ *Lacombe*, Rec. 674, 1-12-1961. La índole de las cuestiones ventiladas en el caso explican la regla pretoriana dictada: se trataba de una Ley que había validado actos anulados por exceso de poder. También se utilizó dicho fundamento en el caso *Consorts Olivier*, Rec. 569 de 1963, vinculado a cercenamiento de derechos producto de reglamentaciones económicas. (Ampliar en *Les grands arrêts...*, cit., pp. 309 y sigs.).

¹²⁸ *Ville de Bastia*, siguiendo los fundamentos de *Lacombe*, Rec. 22, del 21-1-1983.

¹²⁹ El requisito de perjuicio especial ha sido definido por exclusión al entenderse que no lo es en razón de la generalidad del campo de aplicación del texto, el resultante de la legislación que aplaza toda medida de expulsión de ocupantes de casas de alquiler durante el invierno (*Ministre de L'intérieur c. Consorts Chauche*, Rec. 108). También se ha entendido la inexistencia de compensación del daño causado a un propietario por la aplicación de una ordenanza prohibiendo la expulsión de su alquiler a familias de militares que sirven en Argelia (*Ministre de L'intérieur c. Bovero*, 25-1-1963). En nuestra doctrina este último fallo ha sido citado por Cassagne, en *Derecho Administrativo*, T. I.

El criterio proveniente de la especialidad del perjuicio se satisface cuando, por ejemplo en casos como “La Fleurette”, la ley se aplica de hecho solamente a una empresa. De igual forma sucedió en el caso “Société Caucheteux et Desmots”¹³⁰, la sociedad demandante era la única empresa especializada en la fabricación de glucosa de cerveza y sus maquinarias no permitían más que la fabricación de este solo producto.

Pero quizás sea el recaudo del perjuicio anormalmente grave, el que hace a la estrictez del sistema francés, por cuanto la jurisprudencia da cuenta de la subsistencia del deber de soportar la carga pública, a falta de su verificación¹³¹.

De lo expuesto se verifica que el análisis de la jurisprudencia francesa nos muestra la imposibilidad de haber constituido una fuente de nuestro sistema. Entiendo que pueden concederse ciertas similitudes, pero a partir de su distinción, en cuanto a sus bases constitucionales y en especial por su régimen. Creo en la posibilidad de que una parte de la formulación francesa pueda inspirar e incluso fortalecer en alguna medida determinados aspectos de nuestro régimen, pero a partir de un previo análisis de consistencia y compatibilidad de sus criterios normativos.

El análisis preliminar de la evolución jurisprudencial francesa nos advierte que si bien el primer pronunciamiento en la materia se produjo con el *arret* “La Fleurette”, no fue suficiente para proponer las bases del sistema de *responsabilité sans faute*, ya que su doctrina se gestó tiempo atrás y se consolidó con jurisprudencia muy posterior, y también se advierte que su sentencia obedeció a un caso no previsto con anterioridad¹³².

SEXTA CUESTIÓN: SOBRE EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÁNEO ARGENTINO Y LA PROBLEMÁTICA DEL DAÑO INDEMNIZABLE GENERADA POR LAS PREVISIONES NORMATIVAS

1. El marco teórico

El mentado Artículo 18 sobre “Revocación del acto administrativo regular” establece en su parte pertinente: “El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo [...] también podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

¹³⁰ Sentenciado por el Consejo de Estado el 21-1-1944.

¹³¹ La estrictez del régimen se aprecia en el caso *Société des Établissements Lacaussade* (sentenciado por la Asamblea del Consejo el 22-10-1943). Los hechos son los siguientes: un decreto de 1935 extendió el monopolio del alcohol industrial a casi la totalidad de los alcoholes que permanecían en el comercio libre; la sociedad Lacaussade fue tocada por ese decreto; aunque su actividad no fuera reprobable y que la medida legislativa fuera de orden exclusivamente económico, el Consejo de Estado rechazó la demanda porque la actividad tocada por el decreto no era la principal actividad de la Sociedad y porque la disminución de sus beneficios como consecuencia de esta medida, era muy débil como para abrir un derecho a indemnización. (como señala el comentario de P. Weil al caso, *Les grands arrêts...*, p. 310).

¹³² Cfr. *Les grands arrêts...*, Sirey. La conclusión apuntada tiene como fuente los comentarios y criterios expuestos en la obra citada.

Advertimos que el ámbito normativo previsto se constituye por el régimen de revocación de los actos administrativos legítimos, contenido en el régimen de procedimientos administrativos.

Respecto del ámbito material de validez, el Artículo 18 se refiere al acto regular. La norma no define al acto regular, pero recoge una expresión caracterizada y utilizada por la doctrina y jurisprudencia. El término acto regular se reserva para el acto legalmente perfecto o para el que solo adolece de un vicio que determina su anulación. Como dice la norma, esta revocación puede hacerse por “oportunidad, mérito y conveniencia”, esto es, por fundadas razones de interés público.

La acción regulada resulta ser la dinámica actividad administrativa en constante cambio y adecuación a nuevas realidades. Este dato no es menor. Siguiendo a Hutchinson, pensamos que es menester reconocer que si las normas regulan nada menos que la vida misma de los individuos, es forzoso aceptar que el dinamismo que integra todo lo orgánico escapa, casi naturalmente, a la realización de aquel sueño de coherencia. La teoría de la revocación por interés público está en relación íntima con el principio de adaptación constante, que debe regir incesantemente en toda Administración pública moderna, en la búsqueda del bienestar de los individuos, cuyas necesidades debe satisfacer¹³³.

Advertimos que la acción regulada se vincula con el dinamismo que la adaptación constante a las necesidades actuales impone a la Administración pública, que constituye la base de esta teoría de alteración o modificación de circunstancias, la cual implica la necesaria adecuación de la norma a los hechos del momento¹³⁴.

Ello nos mueve a señalar que la norma regula la actuación de la Administración pública cuando esta ejerce sus potestades revocatorias. Pero asimismo los destinatarios de la regulación resultan ser los particulares, titulares de derechos sujetos beneficiarios de los actos objeto de revocación. Por lo tanto, la revocación se justificaría porque como las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el acto originario fueron situaciones fluidas vagas y cambiantes, el contenido normativo del acto tiene sobre sí la presunción de lo mutable de la circunstancia referida y de la posible conveniencia de reajustarlo al cambio¹³⁵.

2. Una aclaración respecto del régimen de emergencia instaurado por el Artículo 26 la Ley N° 25.344 (“Ley de emergencia económico financiera del Estado Nacional”)

La norma establece: “Cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicios, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni de gastos improductivos”.

¹³³ Hutchinson, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1997, p. 143.

Sin perjuicio de ello entendemos que esta norma no zanja la cuestión propuesta ya que por tratarse de una regla aplicable a la emergencia, resultaría osado asignarle un carácter de generalidad y permanencia tal que nos permita afirmar que viene a completar el régimen del citado Artículo 18. Por tanto estimamos que la problemática descripta continúa en vigencia.

3. El sistema de la ley en punto al régimen indemnizatorio

Como hemos visto, el Artículo 18, párr. 2º, de la LNPA establece, sin distinciones, que la revocación de actos que confieren derechos subjetivos puede hacerse solo con indemnización. Sin embargo, no se establece cuáles resultan ser los rubros indemnizables, razón por la cual el *quantum* de la indemnización ha sido motivo de discusión en nuestra jurisprudencia de los últimos treinta años.

Ello resulta en claro de los votos de mayoría y minoría de los casos que seguidamente se comentarán. Partiendo de la laguna normativa del Artículo 18, en un caso se sostiene la indemnización tasada por conducto del régimen de expropiación pública, en el cual se encuentra la naturaleza jurídica del instituto. Y en el otro, se sostiene que a falta de previsión normativa, el principio rector resulta ser el de la indemnización integral, con sustento en el Código Civil, por virtud del cual deben satisfacerse la totalidad de los perjuicios experimentados y probados.

4. Breve presentación de las posturas encontradas

En resumidas cuentas, puede decirse que para aquel sector de la doctrina que postula la indemnización integral, el razonamiento parte de considerar que en ausencia de previsión normativa específica deben aplicarse, por analogía, las disposiciones pertinentes del Código Civil. Es así que en el caso “Sánchez Granel” (ver infra), por imperio de lo dispuesto en el Artículo 1638 del Código Civil, consideró que la indemnización debía comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante¹³⁴. En nuestro derecho, estas argumentaciones fueron sostenidas por Barra, Cassagne y Bianchi, principalmente.

Para otro sector, la regla de analogía contenida en el Artículo 16 del Código Civil vincula la solución de estos casos a los principios derivados de la Ley de Expropiaciones. Esto es, solo a la reparación del daño emergente.

¹³⁴ Cfr. Hutchinson, *op. cit.*, p. 144, dicho criterio resulta aceptado por la Procuración del Tesoro de la Nación en sus dictámenes. Así es doctrina del Máximo órgano asesor la exigencia de que ese interés público sea de igual naturaleza que el del acto objeto de revocación (PTN. *Dtm.* 343/92).

¹³⁵ Siguiendo el razonamiento del autor citado, p. 144.

¹³⁶ Se sugiere ampliar en Comadira, Julio, *Acto Administrativo Municipal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, p. 162, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I.

Así, se sostiene que la exclusión del lucro cesante del monto indemnizatorio debido por el Estado, cuando sacrifica un derecho individual de contenido patrimonial, surge como un principio de derecho administrativo, que parece surgir de las legislaciones que regulan tal clase de actividad estatal.

En concreto, la remisión normativa se realiza al régimen de expropiaciones, al reglamento de contrataciones del Estado y a la Ley de Defensa Nacional en materia de requisiciones¹³⁷. Entre los autores que profundizaron esta doctrina puede señalarse al célebre Maestro Dr. Marienhoff, a nuestra máxima autora en materia de responsabilidad estatal Dra. Reiriz, y modernamente en la obra del Profesor Julio Comadira.

Sin embargo, nos interesa insinuar un componente de esta discusión, presentado al inicio, y que no ha resultado tematizado aún. Las posturas brevemente reseñadas no han considerado el impacto probable que el nuevo orden constitucional nos provee. En especial nos parece que el ordenamiento supranacional de los derechos humanos ha de impactar de alguna manera en la integración normativa. De la misma manera el reciente orden de la Integración Comunitaria al requerir de un convergente proceso de armonización de los ordenamientos internos, seguramente impactará en la materia.

En consecuencia, pensamos que las futuras obras deberán tomar en consideración los nuevos paradigmas que nos plantea el nuevo orden jurídico supranacional en la materia. Creemos que allí encontraremos la solución a la laguna normativa presentada.

5. El desarrollo jurisprudencial contemporáneo argentino

En el acápite anterior hemos esbozado las dos posturas encontradas en la doctrina que han recibido recepción jurisprudencial. Por tal razón creemos que la reconstrucción teórica del tema debe buscarse no a partir de la opinión de los autores, sino más bien partiendo del desarrollo jurisprudencial y la tematización de los postulados doctrinarios.

Es que la interpretación de la ley resulta realizada por la jurisprudencia, la cual constituye una fuente de producción normativa para nuestro sistema. Si entonces concedemos que la doctrina no posee ese carácter de fuente, comprenderemos la importancia de reconstruir la discusión teórica a partir de las categorías recepcionadas por nuestros Tribunales.

En este proceso, el primer elemento que tenemos que considerar es que nuestro Máximo Tribunal ha coincidido en que solo se indemniza un daño cierto y actual, bajo causalidad directa e inmediata, cuya imputación recaiga en el accionar de órgano estatal, bajo la pauta indemnizatoria del sacrificio especial (CSJN 312:1656/315:1892). A partir de este presupuesto inicial se produjo la totalidad de la discusión tendiente a la conformación teórica del régimen de responsabilidad estatal por actuación lícita, del que darán cuenta las páginas siguientes.

¹³⁷ Nos referimos a las siguientes normas: Ley N° 21.499, Art. 10; Ley N° 22.554, Art. 35 y Decreto N° 5.720/1972, modificado por Decreto N° 436/2000 y N° 1.023/2001. De la misma manera, esta postura resultó desarrollada en el célebre y enjundioso dictamen de la Dra. Reiriz en el caso “Motor Once”, a cuya lectura sugerimos remitir en aras de una adecuada comprensión del tema.

Respecto de los casos estudiados por la generalidad de la doctrina nacional y que serán analizados a continuación, no nos detendremos en los aspectos descriptivos, ni abundaremos en aquellos aspectos ya abordados en enjundiosos estudios realizados por los autores nacionales. La finalidad de su análisis en este estudio persigue extraer las ideas cardinales que servirán de base a nuestras conclusiones sobre la materia. Con esta perspectiva en miras analizaremos a continuación los casos “Corporación Inversora Los Pinos”, “Cantón”, “Sánchez Granel”, “Motor Once” y “Jucalán Forestal”.

5.1. El caso “Corporación Inversora Los Pinos”

Sentenciado por la Corte Suprema en 1975, el primero de los casos en análisis trata de la revocación de un permiso precario para el funcionamiento de un Hotel Alojamiento. Es un típico supuesto de revocación de actos administrativos por razones de interés público en los términos del Artículo 18 de la LNPA, cuyos derechos afectados recaen sobre un fondo de comercio.

Esta última consideración es de singular importancia para la tipificación de los rubros valorizables, por cuanto el Fallo no ingresa en el análisis de cuáles valores del negocio resultan indemnizables y si estos constituyen o no daño emergente o lucro cesante. En concreto nos referimos a dos rubros sustanciales y problemáticos en la valorización del patrimonio de una empresa: el “valor llave” y el “valor empresa en marcha”. Si bien volveremos sobre el punto, cabe señalar que estos rubros se encuentran en una “zona gris” entre los conceptos daño emergente y lucro cesante. No resulta una cuestión sencilla de dilucidar. Piénsese que si por un lado se los considera lucro cesante, sucede que por la dinámica económica muchas veces resultan los únicos rubros valorizables. Entonces frente a supuestos expropiatorios, abandonan su caracterización como lucro cesante y se convierten en la más pura noción de daño por la entidad del perjuicio que produce su privación. La jurisprudencia no es pacífica al respecto.

En el pronunciamiento analizado esta problemática no se llega a tratar si bien se insinúa en el considerando 20, al señalar: “[...] aún cuando se trate de un acto que afecta a elementos del fondo de comercio transferido, la indemnización debida únicamente podrá comprender aquellos daños que guardan una relación directa e inmediata con la revocación dispuesta [...]”.

En este sentido, el Fallo solo ingresa en el considerando 19 a la privación del lucro cesante, en los siguientes términos: “[...] solo viene a resultar atendible el interés negativo, que limita el resarcimiento a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido (daño emergente), pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada (lucro cesante) [...]”.

En los términos del considerando, al pronunciarse sobre el “interés negativo” y “la exclusión de todo otro valor”, parecerían resolverse nuestras apreciaciones. Sin embargo, ello no es así a poco que se repare en el significado del interés negativo. Así cuestionamos su utilización en el caso, ya que esta categoría fue teorizada para el campo obligacional

del derecho privado¹³⁸ y no para la reparación de daños causados por el Estado en ejercicio legítimo del Poder de Policía.

En el caso este interés consistiría en el resarcimiento de los daños y perjuicios que no habría sufrido el actor si no se le hubiera dado la autorización que luego fuera revocada por interés público. Si el actor no es culpable de la revocación, no es justo que sufra las derivaciones de esa contingencia. En la consideración del interés negativo se mira hacia el pasado, tratando de restablecer el *statu-quo* patrimonial anterior a la constitución del acto que ha resultado desvanecido, vale decir, la recomposición de los valores integrantes del patrimonio de la empresa. Entre estos posibles daños, la doctrina computa no solo la totalidad de los gastos celebrados con motivo del acto, sino también los demás valores patrimoniales que restituyan a la situación anterior de manera que no sufra menoscabo por la revocación del acto, incluida la pérdida de la chance¹³⁹.

El Fallo en cuestión se funda en la naturaleza expropiatoria del acto de revocación para disponer excluir el lucro cesante, el cual entiende como “todo otro valor o ganancia frustrada”. Ello arroja algunas dudas a poco que se repare en que tales valores resultan incluidos dentro del concepto interés negativo. Asimismo tampoco determina cuáles valores se comprenden dentro del genérico concepto “daño emergente”. Como veremos más adelante estos extremos que suelen ser dejados de lado en las sentencias, pueden llegar a desvirtuar el objeto procurado en el pronunciamiento ya que en la oportunidad procesal de liquidarlos resultan incluidos como daño emergente.

5.2. El caso “Cantón”

El análisis de este caso sentenciado por la Corte Suprema en 1979 reviste singular interés no tanto por sus precisiones sobre los rubros indemnizables, sino porque por su intermedio se exterioriza un claro supuesto de intervención estatal en la economía que configura responsabilidad por su actuación lícita. Se parte del dictado de un reglamento (el Decreto N° 2.118/1971) mediante el cual al prohibir la importación de determinados productos con la finalidad de nivelar la balanza de pagos y la defensa de la industria nacional,

¹³⁸ El daño al interés negativo fue teorizado por Ennecerus y Lehmann en su *Tratado de las Obligaciones*, de 1934, llamándolo asimismo “interés de confianza”. Entre los autores que lo abordaron en nuestro país puede mencionarse la obra de Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. I. Entendemos que esta doctrina es propia del derecho civil y no es aplicable a los supuestos de responsabilidad estatal por obrar lícito. Ello por cuanto el daño al interés negativo supone la invalidez o ineficacia del acto jurídico que había originado una obligación civil, la cual queda consiguientemente sin causa y por ello carente de la virtualidad que le era propia. En los términos expresados por Llambías, esto significa “que no se producirán los efectos de las obligaciones, y consiguientemente no podrá el acreedor emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado (Art. 505, inc. 1° del CC) ni obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes” (Art. 505, inc. 3°). Obra y autor citado, p. 295.

¹³⁹ Para una mejor comprensión sobre los rubros comprendidos en el interés negativo sugerimos ampliar en la obra de Llambías, *Tratado...*, *op. cit.*, T. I, como así también en el *Tratado de las Obligaciones*, de Boffi Boggero.

estableció fuertes restricciones a la libertad económica. En el caso tales limitaciones afectaron una compraventa internacional de mercaderías instrumentada mediante un contrato de crédito documentado concluido con anterioridad al dictado de la norma.

Nuestro Máximo Tribunal entendió la posibilidad de que por intermedio de su actividad reglamentaria lícita se ocasionaran daños a los particulares al afectar derechos amparados por garantías constitucionales¹⁴⁰.

Para acordar los rubros indemnizables buscó en el instituto de la Expropiación Pública la naturaleza jurídica de este supuesto de responsabilidad estatal, denegando en consecuencia la procedencia del lucro cesante mediante la aplicación analógica del Artículo 10 de la Ley de Expropiaciones. Para ello se formularon razonamientos de los cuales somos particularmente críticos.

Así funda la aplicación analógica en el considerando 8º, “ante la falta de normas expresas sobre el punto”, señalando que “la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado”. Entendemos que ello no es así ya que los presupuestos que autorizan la reparación en la llamada actividad lícita y en la expropiación difieren sustancialmente.

En la primera el fundamento genérico por el cual el Estado debe indemnizar se encuentra en los principios de la revocación de actos administrativos por interés público contenido en el Artículo 18 de la LNPA. Si bien en el presente no se revocó un acto administrativo, lo cierto es que la actividad reglamentaria es aprehendida como “acto administrativo”. A su vez, por el principio del paralelismo de las formas si se reconoce responsabilidad por la revocación de actos también debe reconocérsela por las lesiones a la propiedad que acarrea el dictado de otros actos de sustancia reglamentaria. Si bien esta norma tampoco zanja la cuestión por dejar abierta la polémica en torno al principio de integralidad de la indemnización, lo cierto es que al menos debió de ser referenciada.

Si consideramos que la expropiación es una técnica extraordinaria y limitada de intervención estatal, cuyo ejercicio se condiciona al extremo dentro de un debido procedimiento sustantivo y adjetivo que precisa de la intervención previa del Congreso para su validez, de ello se sigue que los presupuestos difieren sustancialmente de los que fundan la responsabilidad por actuación lícita.

En esta línea argumental también criticamos la solución propiciada por el Fallo en el considerando 8º al encontrar identidad de finalidades entre el supuesto ventilado y la expropiación, ya que ella tiene como finalidad satisfacer una “utilidad pública específica” y declarada por ley, que ante su incumplimiento autoriza a la acción de retrocesión. Distinto

¹⁴⁰ Considerandos 5º y 6º. El énfasis es puesto en este último al establecer: “[...] la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada”.

es el supuesto en análisis, cuya finalidad se encuentra en genéricas razones de *interés público*, o motivos de oportunidad, mérito y conveniencia del Estado, que se encuentra –en principio– exento de probar. A ello se le agrega no solo la imposibilidad de la retrocesión –propia de la técnica expropiatoria– para estos casos, sino aún más, “la imposibilidad de que la justicia revise el acierto o error, la conveniencia o inconveniencia de las medidas adoptadas”¹⁴¹. Creemos entonces que los supuestos y las finalidades no son semejantes. Sobre estos tópicos insistiremos a lo largo de la exposición.

5.3. El caso “*Sánchez Granel*”

El análisis de este Fallo dictado por la Corte Suprema en 1984 reviste especial interés, puesto que a diferencia de los anteriores pronunciamientos, aquí se trata de una relación contractual bilateral entre un particular y el Estado. El fundamento de la responsabilidad estatal se determinó por el ejercicio de la potestad revocatoria en un contrato de obra pública.

La empresa actora reclamó al Estado, en el órgano Dirección Nacional de Vialidad, una indemnización de daños y perjuicios con motivo de la revocación de un contrato de obra pública, que no llegó a iniciarse, para la construcción de la denominada “Ruta 215 - tramo La Plata-Loma Verde (sección Abasto Etcheverry)”. En Primera y Segunda Instancia fue rechazado el reclamo por lucro cesante, quedando limitada la condena al pago del daño emergente.

Llegado el caso a la Corte por vía de recurso ordinario, el voto de mayoría revocó el pronunciamiento de la Sala III en lo Contencioso Administrativo Federal, declarando en el considerando 4º la procedencia del lucro cesante en estos términos: “[...] la legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquel se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante [...]”.

Para ello, el Tribunal reconoció en el considerando 5º que frente a este supuesto la Responsabilidad estatal emerge como un “[...] derecho a una indemnización plena por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas o una sanción para el responsable [...]”. Más adelante, en el considerando 7º, erige al principio de la integralidad de la reparación como la herramienta de interpretación del Artículo 18 de la LNPA, el cual “[...] al no aclarar cuáles son los alcances de la indemnización de perjuicios, funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición, porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integralidad [...]”.

De esta forma, si el principio es la integralidad, de ello se sigue para la revocación de contratos, el rechazo de la “[...] extensión analógica de la ley de expropiaciones [...]” (considerando 8º). En este punto del Fallo es interesante valorar el doble fundamento central por el cual el Tribunal desecha el régimen indemnizatorio de las expropiaciones.

¹⁴¹ Considerando 4º del Fallo con citas a otros precedentes del Máximo Tribunal.

Señala: “[...] Que no cabe omitir la reparación de que se trata sobre la base de una extensión analógica de la Ley de Expropiaciones. No solo porque ésta exime expresamente al Estado del aludido deber, sino porque la expropiación supone la restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio [...]” (considerando 8°).

Vemos que en primer lugar en la expropiación no cabe hablar de “reparación” y mucho menos de reparación de equidad como lo hará el Fallo en el considerando 12¹⁴². En segundo lugar el Fallo da cuenta del diferente procedimiento mediante el cual se encausa una revocación contractual y una expropiación, ya que la primera solo requiere de un “acto administrativo de revocación”, mientras que la segunda exige Ley formal previa del Congreso que califique la utilidad pública.

Asimismo, resulta interesante la extensión con la cual se define al concepto lucro cesante en el citado considerando 4°: “[...] las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas [...]”. La referencia a esta noción es de importancia puesto que, como veremos más adelante, su connotación excluye del concepto lucro cesante dos rubros de dudosa procedencia en supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita, como son el valor llave y el valor empresa en marcha, los cuales quedan comprendidos en la noción de daño emergente.

En consecuencia no nos situamos frente a un genérico supuesto de responsabilidad estatal lícita como los anteriores; esto es, no se trata de los daños infringidos a los particulares por medidas de intervención del Estado regulador de la economía. Aquí se trata del ejercicio de la potestad revocatoria en un contrato administrativo. Por ello los fundamentos de la reparación y sus alcances deben diferir de los anteriores casos, ya que la entidad de los daños diferirá según se trate de una relación contractual como en el presente, o de otros supuestos en los cuales no median vínculos jurídicos directos¹⁴³.

Desde esta perspectiva debe resaltarse la intensidad que reviste la indemnización frente a supuestos de revocación contractual. Tanto es así que Laubadère incluye la indemnización como elemento de su definición en el caso de rescisión, que no es otra cosa

¹⁴² Una cosa es la acción por resarcimiento y otra la que persigue el ejercicio del derecho expropiatorio. Así fue resuelto por nuestra Corte Suprema en “Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires”. En dicho caso iniciada demanda por expropiación de una fracción de terreno, ocupada por las aguas del embalse de un canal que al ser llevado a cabo había provocado la inundación parcial de unas tierras, el Máximo Tribunal dispuso su rechazo sobre la base de que la expropiación significa la desposesión de un bien por causa de utilidad pública, declarada por ley, y la transferencia del dominio del expropiado al expropiante, no pudiendo confundirse las acciones tendientes al resarcimiento del daño invocado con las derivadas del derecho a la expropiación. (Sentencia del 5-4-1933, en autos, “Laplacette c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*: 168:35).

¹⁴³ En concordancia, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, 1994. El autor señala que en materia contractual la indemnización debe ser plena, dada la necesidad de restablecer las condiciones originarias, bases de la contratación, que constituyen la ley del contrato, cuyas disposiciones obligan como la ley misma (Art. 1197 del CC), obligación de justicia que no tiene su fuente en la materia objeto del contrato sino en el hecho mismo del acuerdo sobre la materia lícita.

que una especie del género revocación por interés público¹⁴⁴. Y entonces la indemnización que se acuerde debe ser representativa de todo el perjuicio sufrido para mantener la incolumidad patrimonial, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante¹⁴⁵.

Formulamos estas aclaraciones ya que la doctrina, al explicar este Fallo, se ocupa de señalar que a través de este pronunciamiento nuestro Máximo Tribunal revió la postura de la indemnización acotada, sostenida en otras oportunidades para todos los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita¹⁴⁶. Si bien ello no deja de ser cierto, creemos que desde nuestro punto de vista no es predicable una solución única para todos estos supuestos. La mayor o menor extensión del régimen indemnizatorio se vinculará con la mayor intensidad de compromiso con el interés público.

Esto significa que si en los casos de las medidas de regulación de la economía esta afectación es mayor, entre otras razones por el “universo de particulares afectados”, el interés privado cederá en mayor medida que en los supuestos de revocaciones de contratos o actos concretos, cuyos efectos recaen sobre sujetos determinados con afectación de derechos concretos de los cuales son titulares. Aquí la potestad y el interés público tienen su límite en las garantías constitucionales de propiedad que se afectan en mayor medida que en los restantes supuestos.

5.4. El caso “Motor Once”

Sentenciado en 1989, este célebre y a la vez polémico pronunciamiento de nuestro Máximo Tribunal se destaca por la fuerza convictiva del enjundioso dictamen de la entonces Sra. Procuradora Fiscal de la Nación. Sin lugar a dudas sus fundamentos contribuyeron a abrir camino en el proceso de positivización del régimen de la indemnización acotada, evidenciado primero en el Decreto de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires y luego en la Ley Nacional N° 25.334. Ello si bien con los reparos y límites, que en razón de la materia, deben hacerse del fallo que pasamos a comentar.

La cuestión versa en torno al alcance de la indemnización peticionada por la responsabilidad de la entonces Administración municipal, fundada en los daños derivados de la aplicación de una norma general de policía de seguridad a través del acto individual de ejecución.

¹⁴⁴ De Laubadère, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. III, París, 1956, pp. 182 y 186.

¹⁴⁵ Para una mejor comprensión del tema sugerimos ampliar en la obra de Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general del contrato administrativo*, pp. 503 y sigs.

¹⁴⁶ Macarel, “Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la Corte: el alcance de la doctrina del caso Sánchez Granel”, en LL 1989-D-25. También puede verse en: Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo... otros estudios*, en Capítulo XIV, p. 424 y sigs. Señala el autor que “si bien no constituye el primer antecedente del máximo tribunal en el cual se reconoce la procedencia del lucro cesante por actividad estatal lícita, emergente de la extinción de un contrato, sí resulta un fallo de vital importancia para el estudio de la problemática que nos ocupa”. Apreciaciones similares en torno a este fallo pueden encontrarse en la obra de Barra, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos” (ED 142-931).

Los antecedentes del caso se fundan en la solicitud que un propietario de inmueble eleva a la Intendencia Municipal a fin de que se le conceda autorización para construir un edificio de propiedad horizontal con una estación de servicio en el predio. Tras ser concedida la autorización, dio inicio a la explotación comercial de venta de combustible, obteniendo luego el certificado de final de obra. Con posterioridad se produjo el dictado de una ordenanza¹⁴⁷ por la cual al modificar el cuadro de condiciones para la habilitación de esa clase de explotaciones daba como resultado la revocación de la autorización. Por tal motivo se dictó un acto administrativo de clausura “de la actividad de expendio de combustible”.

La empresa demandó la nulidad del acto de clausura y de la norma de alcance general en que se fundó, reclamando daños y perjuicios. Si bien se rechazó la demanda de nulidad, la Cámara entendió la configuración de un supuesto de responsabilidad por actuación lícita acordando algunos rubros y desestimando otros por falta de prueba y agravio suficiente.

La primera cuestión que interesa analizar trata sobre aspectos formales de la causa que determinaron en Cámara el rechazo de algunos rubros indemnizatorios y en especial del lucro cesante. Si bien no integran el eje de la argumentación central desplegada en los fundamentos del dictamen y la sentencia de la Corte Suprema, por el contrario constituyeron el sustrato material del caso.

Se verá que la Administración fundó su apelación federal en la improcedencia del lucro cesante por no haber sido probada su cuantía y subsidiariamente en la aplicabilidad de las normas expropiatorias. En alguna medida las omisiones probatorias de la actora determinaron la solución de Corte al no oponer obstáculo a la definición de la naturaleza expropiatoria de los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita¹⁴⁸. Si bien la Administración planteó en subsidio el defectuoso encuadramiento legal de la Sentencia de

¹⁴⁷ Ordenanza Municipal 27.455 del 15 de febrero de 1973, modificatoria del cuadro de previsiones contra incendios correspondientes al Art. 4.12.1.2 del “Código de Edificación” vigente. La prohibición para la venta de combustibles en ese inmueble se infiere de las prescripciones contra incendio destinadas al rubro “Estaciones de Servicio”. En dicho instrumento la condición C-9 resolvió: “[...] no se permite destinar a vivienda locales situados en los pisos altos y solamente puede haber ambientes para oficinas o trabajo como dependencia del piso inferior constituyendo una misma unidad de uso”.

¹⁴⁸ Es útil aclarar que si bien el texto del caso nos suministra el dato objetivo, tanto en el dictamen como en el fallo no se explicita que la improcedencia de rubros indemnizatorios como el lucro cesante obedece a insuficiencias probatorias y de desempeño jurisdiccional de la actora y que entonces se recurrió a la calificación jurídica expropiatoria para brindar fundamento suficiente al rechazo parcial de la demanda. Esta observación confirma la tesis del Profesor Gordillo, quien al enseñar cómo leer una Sentencia señaló: “En situaciones normales lo que se escribe en la sentencia no refleja todo lo ponderado por el tribunal. Por de pronto, a mayor experiencia del magistrado, más escueta es la fundamentación de lo que se resuelve en sus sentencias: aprende el valor del silencio y el peligro de la verbosidad. Por supuesto es un criterio empírico, que ninguna norma escrita consagra en parte alguna del mundo. No por ello es menos real y antiguo”. (Gordillo, Agustín, “Cómo leer una Sentencia –con citas a Cass Sunstein y Martínez Torrón–, en *Revista Actualidad en Derecho Público* N° 14, p. 36).

Cámara por fundarse en normas de derecho privado podría entonces argüirse que el decisorio obedece a cuestiones rituales y que la definición de la naturaleza expropiatoria, si bien de importancia, posee una conexión lateral y no central sobre el fondo del asunto¹⁴⁹.

Para comprender lo planteado conviene reparar en las razones por las cuales la Sentencia de Cámara desestimó determinados rubros indemnizatorios e hizo lugar a otros. El dictamen de la Procuradora Fiscal es ilustrativo al respecto: “[...] La Cámara tampoco consideró la pretensión orientada a que se admita la disminución del valor de esos objetos [...] (se refiere al valor del edificio en la parte correspondiente a la estación de servicio y la reparación por el valor de las instalaciones y maquinarias, de acuerdo a los inventarios) [...] por ser un rubro que no fue oportunamente propuesto a la decisión del tribunal inferior. Además el *a quo* desechó el reclamo de daños y perjuicios relativos al valor llave y valor empresa en marcha, fundado en que la actora no quedaría privado de ambos, toda vez que *la medida de policía no la desapoderó de la propiedad del fondo de comercio*”¹⁵⁰.

Se clarifica luego que el rechazo obedeció a que “[...] el juez de grado había establecido que *no guardaban relación de causalidad*”¹⁵¹ adecuada con el hecho generador del perjuicio y, por tanto, no se trataba de consecuencias directas e inmediatas [...].”

En cuanto al lucro cesante la Cámara hizo lugar por entender que “[...] se presenta en estos actuados acaso como el perjuicio característico de un acto como el realizado por el Municipio [...]”, y en tal sentido decide su admisibilidad aún cuando no se había acreditado su monto “ya que el daño se encontraba legalmente comprobado y nada obstaba a que su cuantía fuera determinada en un proceso sumarísimo de ejecución [...]”, según explica el dictamen de la Procuradora Fiscal.

Aquí se determina el agravio de la Administración por el cual prosperará la queja: el reconocimiento por la Cámara del lucro cesante, rubro que no resultó probado ni determinada su cuantía.

¹⁴⁹ Con cita textual de Gordillo diremos: “[...] esa cuestión es parecida a la distinción entre lo que se llama dictum y holding de un fallo. Holding es aquello que específicamente resuelve y por ende las razones que dá para ello. Dictum es todo aquello que dice a propósito del tema, o incluso lateralmente y sin vinculación con el *thema decidendum*, lo cual no es entonces un precedente judicial” (obra y autor citados, acápite 8.1., p. 49). Desde esta perspectiva aparece que en lo central “Motor Once” pierde el caso por cuestiones rituales y de falta de prueba, esto es lo decisivo, lo que selló la suerte del pleito. Entonces, como veremos, la definición de “la naturaleza expropiatoria” no supera el nivel del *dictum*.

Piénsese: ¿qué hubiera pasado si “Motor Once” hubiera acreditado acabadamente la concurrencia del lucro cesante? ¿Se habría sentenciado de la misma manera? Si el daño se encontrara debidamente acreditado y no se dispone su reparación fundado en construcciones doctrinarias tendientes a aplicar por analogía una norma de excepción como la Ley de Expropiaciones, entonces ¿no estamos frente a denegatoria de justicia? Frente a ese hipotético caso diremos, siguiendo a Gordillo, que allí la decisión sería formalmente jurídica pero irreal (obra y autor citado, p. 45, nota al pie 39).

¹⁵⁰ El destacado nos pertenece.

¹⁵¹ Ídem nota anterior.

Ello es atinado ya que la sentencia de Cámara al conceder, por un lado, un rubro no probado y, por el otro, rechazar los restantes por falta de acreditación del desapoderamiento de la propiedad e inexistencia de demostración de relación de causalidad, incurre en una contradicción que descalifica su contenido y es configurativo de arbitrariedad¹⁵².

Adviértase entonces que ni en la sentencia apelada entra en discusión “la naturaleza expropiatoria”, ni en la instancia extraordinaria constituye el presupuesto central para disponer la nulidad de la sentencia de Cámara, la contradicción –se insiste– es entonces configurativa de arbitrariedad fáctica.

Es, por ende, cuando conviene reparar en dos pasajes del dictamen en los que se explica que a estas conclusiones llega la Cámara por cuestiones rituales que hacen al procedimiento y no por conducto del análisis de la cuestión de fondo. La Sra. Procuradora advierte la insuficiencia formal de la actora en su actividad probatoria y en su expresión de agravios. Así explica que tales conclusiones obedecen a no haber merecido “[...] una crítica concreta y razonada del apelante requerida por las normas rituales para su consideración en segunda instancia, todo lo cual llevó a concluir que debía tenerse por firme la sentencia de primera instancia en estos aspectos”.

Lo propio hace en torno a la específica procedencia del lucro cesante. Previo a la discusión de su naturaleza jurídica expropiatoria pero sin lugar a dudas condicionante, el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal pone de relieve una circunstancia fulminante que integran los agravios expresados por la Administración: la ausencia de actividad probatoria de la empresa tendiente a su determinación. Así señala: “[...] en la apelación federal la demandada dirigió la mayor parte de sus agravios contra el reconocimiento del lucro cesante [...] sostuvo que este perjuicio, dado que el tribunal de alzada admitió que no estaba acreditado en su monto, debe entenderse que no fue probado [...]”.

De esta forma queda delineado el sustrato material del cual parte su análisis el Pronunciamiento de Corte: cuestiones rituales vinculadas a la no acreditación en forma de los perjuicios invocados y defectuosa expresión de agravios de la actora. Lógico es suponer que es este componente fáctico el que no opone resistencia al rechazo de la demanda, la cual podría haber prescindido de la “doctrina expropiatoria”. Repárese que estas deficiencias rituales de la actora son advertidas en la disidencia del Ministro Petracchi, quien a partir de ellas construye su voto y rechaza parcialmente la demanda, como veremos más adelante.

Si lo expuesto se concede, entonces se confirma que no hay pronunciamiento sobre el fondo que otorgue fuerza convictiva a la doctrina del fallo. No hay holding y la doctrina en cuestión se transforma en *dictum*, el cual por cierto es cuestionable.

¹⁵² Siguiendo a Sagüés, apreciamos configurado un supuesto de sentencia arbitraria por arbitrariedad fáctica determinado por la autocontradicción en la evaluación de las pruebas, como se definió *in re* Palermo. Fallos: 303:434. (Sagüés, Néstor, *Elementos del Derecho Constitucional*, T. I, p. 318).

La segunda cuestión que interesa analizar, como corolario de lo expuesto, es la relativa a las consideraciones del Fallo en torno a la naturaleza expropiatoria de la responsabilidad por actuación lícita. Ello resulta definido en el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal.

En primer lugar, justifica la necesidad de apartarse del criterio establecido en Sánchez Granel por considerar que versando ese caso sobre la extinción unilateral de un contrato de obra pública, la cuestión jurídica a resolver tenía en la ley de obra pública el marco legal de solución.

Esta consideración introductoria puede resultar objetable, ya que, como se vio, el caso anterior no se resolvió según las normas específicas de la obra pública. El fundamento para otorgar la indemnización se encontró en el “principio de la indemnización integral” a partir del cual se interpretó el vacío existente en el Artículo 18 de la Ley N° 19.549, en oposición al régimen expropiatorio calificado por el Fallo de excepcional.

Entiende, luego, la necesidad de recurrir a normas análogas como la Ley de Expropiaciones ante la ausencia de una solución normativa. Para ello sostiene los siguientes fundamentos:

La Ley de Expropiaciones es la norma típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija. (Adviértase que utilidad pública es un concepto distinto a interés público).

La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado obrando conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos, por lo tanto, la solución debe buscarse dentro de los principios del derecho público. (Debe tenerse presente que por el principio de legalidad se precisa de una competencia legal expresa para privar de indemnización. Además la restricción debe ser hecha por mandato legal específico y no analógico).

El principio *ius publicista* se funda en los Artículos 14 y 17 de la Constitución al establecer las limitaciones que, en aras del interés público, pueden efectuarse mediante el instituto expropiatorio. De esta forma concluye que tanto la expropiación como la responsabilidad estatal por actividad legítima se desenvuelven dentro del ámbito de las intromisiones estatales autorizadas, protegen la misma garantía y persiguen una finalidad típica de interés público.

Frente a la calificación de “naturaleza expropiatoria” expuesta en el dictamen, la Procuradora no precisa, para desestimar el lucro cesante, de las cuestiones probatorias con las cuales principia su exposición y que constituyen el agravio central de la Administración. De esta forma, tipifica la arbitrariedad normativa y aconseja resolver la procedencia del recurso de la Administración, al señalar: “[...] el pronunciamiento impugnado prescinde de normas aplicables al caso al apartarse totalmente de la aplicación de normas de derecho público [...]”.

Nuestro Máximo Tribunal, en su voto de mayoría, hace suya la argumentación dogmático-jurídica del dictamen, resta importancia a la materia probatoria y las cuestiones rituales que

motivaron la instancia federal, y entiende que lo decidido por la Cámara adolece de insuficiente fundamentación al no reparar en los principios de derecho público contenidos en la Ley de Expropiaciones, desestimando el reconocimiento de lucro cesante como consecuencia¹⁵³.

6. El voto del Ministro Petracchi

Entendemos la importancia de reseñar el “por su voto” en función de que las críticas ensayadas al pronunciamiento de mayoría encuentran recepción favorable en el razonamiento que aquí se comenta. El Magistrado construye su voto con estricto apego a las constancias de la causa sin necesidad de acudir a construcciones dogmáticas que asimismo entendió no constituir materia central del agravio federal. Solo en el considerando 7º refiere a ellas, con carácter tangencial, por no ser necesaria para resolver el caso. Pero a diferencia del dictamen no formula una construcción dogmática sino que busca sustento en la doctrina del Máximo Tribunal establecida en precedentes inmediatos.

En tal sentido, en el considerando 6º desestima parcialmente los agravios de la actora por entender insuficiencias rituales en su formulación al señalarlos constituidos por “afirmaciones dogmáticas que no alcanzan a conmover los fundamentos de la sentencia en recurso [...] ni ha acreditado la relación de causalidad entre el daño que alega y el hecho generador”.

Respecto del lucro cesante, si bien entiende su procedencia en estos supuestos por el principio de integridad¹⁵⁴, aprecia con apego a las constancias de la causa que no ha sido probado. De esta forma resuelve el agravio central y demuestra la índole accesorio del debate en torno a la “naturaleza expropiatoria”, el cual se reduce a un *dictum*.

En efecto, sostiene: “[...] el *a quo* ha admitido que no se ha acreditado su monto, aunque lo tiene por existente [...] en expresión dogmática que no se compadece con las constancias de la causa”. Tal es la importancia que asigna a los hechos probados en la causa que le motivan a sostener: “[...] en la materia, los jueces deben actuar con suma prudencia verificando si efectivamente se han producido los daños alegados, a fin de evitar que la solución a la que arriben no resulte manifiestamente irrazonable [...]”.

¹⁵³ No hay dudas de que en el caso se imponía el rechazo del lucro cesante. Pero ello no sería fundado en la mentada naturaleza expropiatoria, sino en la insuficiente actuación de la actora al no acreditar los extremos de su concurrencia, y al no expresar agravios en legal forma. Las solas constancias de la causa bastaban para ello. Así coincidimos con Gordillo al sostener que “el derecho no es un ejercicio abstracto, sino la solución de problemas concretos” (autor y obra citados, p. 47).

¹⁵⁴ En efecto, en el considerando 7º sostiene: “[...] el Art. 18 de la Ley N° 19.549 aunque no aclara cuáles son los alcances de la indemnización de perjuicios, funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición, porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad. Tampoco cabe admitir las argumentaciones relativas a la extensión analógica de la ley de expropiaciones, fundamentalmente porque la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio, supuesto ajeno a la especie”.

Dentro de la índole de este análisis netamente centrado en los antecedentes del pleito concluye su voto resaltando una vez más la inactividad procesal de la actora, que constituye el único elemento de peso para el rechazo de la demanda. Así en la parte final del considerando 8° dijo: “la escasa actividad probatoria de la actora ni aún autoriza la aplicación de lo dispuesto en el Artículo 165 del Código Procesal”.

Creemos que las consideraciones vertidas hasta aquí invitan a repensar este polémico pronunciamiento, cuya importancia reside no tanto en la revisión que la Corte hace de su anterior doctrina, sino en el inicio del camino hacia la positivización del régimen de la indemnización acotada.

7. Breve referencia al caso “Jucalán Forestal”¹⁵⁵

La importancia de referir someramente a este caso reside en que el mismo año (1989) en que nuestro Máximo Tribunal denegó el lucro cesante, se da un paso atrás, se revisa el razonamiento desarrollado en “Motor Once” y se reconoce la integralidad de la indemnización.

La empresa Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. inicia una demanda por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, como propietaria de un establecimiento rural, el cual, por motivo de obras realizadas por la Dirección de Hidráulica de la Provincia, quedó inundado en un 80 %, sufriendo además daños en las instalaciones, muerte de animales, debiendo alquilar otro campo vecino, para poder evacuar los animales que no sufrieron por el siniestro.

Planteada la demanda, la Corte Suprema hace lugar a la demanda, aunque con distintos fundamentos en los respectivos votos.

Del dictamen pericial, citado en el considerando 7° del voto de los Dres. Petracchi - Belluscio, extraen la siguientes conclusiones: “[...] la Provincia de Buenos Aires debió adoptar una serie de medidas para evitar las consecuencias de una inundación, calificada por el perito como extraterritorial [...] que realizó a tal fin un conjunto de obras destinadas a impedir que los efectos negativos de esa situación afectaran sectores de alta productividad [...] o centros poblados, y que, entre esas obras, construyó el canal La Dulce-Bajo Vidania que, fuera de control, obligó a levantar los terraplenes [...] uno de esos terraplenes fue agente decisivamente productor de la inundación del campo [Tatita¹⁵⁶]”.

Luego, en el considerando 8° expresa: “Que puede así afirmarse que existe relación causal entre el obrar, por cierto legítimo, de la provincia y el hecho generador de los daños [...]”.

La Corte Suprema, con relación a la indemnización debida y los rubros que la integren, expresa como ya lo ha dicho en otra oportunidades, “que los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por los particulares

¹⁵⁵ JA 1990, T° II, p. 510.

¹⁵⁶ Campo propiedad de la actora.

que se hubiesen derivado de aquellos, por lo que no pueden limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante [...]”¹⁵⁷.

Agregando: “[...] tampoco cabe omitir la reparación mediante la pretendida aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, toda vez que no es dable extender la norma legal que excluye ese resarcimiento a otros supuesto diversos. En primer lugar, porque la expropiación supone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso valorativas de la utilidad pública del objeto de desapropio (*Fallos*: 306:1409, consid. 8º) y, en segundo término, porque la aplicación analógica no parece hermenéutica apropiada cuando el término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción—en este caso, frente al principio general de resarcimiento integral—. Es precisamente esta regla la que torna admisible el renglón reclamado, puesto que el daño sustantivo que aquí se repara es el sacrificio soportado sobre las utilidades probables objetivamente esperadas y no—como en la expropiación—el daño emergente que, de constituir el único indemnizable, estaría lejos de satisfacer aquel recordado principio”.

Por su parte, el voto del Ministro Fayt califica la responsabilidad del actuar del Estado como proveniente de su accionar legítimo y al respecto agrega que “no hay norma que autorice a eximir al Estado de la justa e integral reparación de los perjuicios que causare con su actividad” (conf. *Fallos*: 306:1409 [11], disidencia de los Dres. Caballero y Fayt¹⁵⁸).

En este sentido sostiene que no corresponde disciplinarse esa actividad del Estado, bajo las normas del derecho privado. Y que, conforme al Artículo 16 del Código Civil, haría tentadora una primera aproximación con el instituto de la expropiación¹⁵⁹.

Con el fundamento de que esa solución tropezaría con obstáculos francamente insalvables a la luz de la circunstancia del asunto, toda vez que la actora no ha sido privada de su propiedad, sino únicamente de su uso¹⁶⁰, el voto concluye sosteniendo que la justa solución al conflicto se encuentra en la aplicación del instituto de la ocupación temporánea o expropiación de uso¹⁶¹. Es así que la ocupación temporánea, por razones normales, puede establecerse—previa declaración legal de utilidad pública—por avenimiento; de lo contrario, ha de ser dispuesta judicialmente a requerimiento de la Administración; este último tipo de ocupación apareja indemnización que comprende el valor de uso y los daños y perjuicios ocasionados al bien y cosas ocupados, así como también el valor de los materiales que hubiesen debido extraerse necesaria o indispensablemente con motivo de la ocupación, siendo aplicables en subsidio las reglas indemnizatorias vigentes en materia de expropiación (Arts. 57 a 63, Ley N° 21.499)¹⁶².

¹⁵⁷ Considerando 13. Voto Dres.: Petracchi y Belluscio.

¹⁵⁸ Considerando 14. Voto del Dr. Fayt.

¹⁵⁹ Considerando 19 del voto citado.

¹⁶⁰ Considerando 20 del voto citado.

¹⁶¹ Considerando 21 del voto citado.

¹⁶² Considerando 23 del voto citado.

El voto del Dr. Bacqué reafirma la calificación de responsabilidad por actividad lícita del Estado, si bien sienta la exclusión del lucro cesante –con remisión a los fundamentos de la causa Motor Once S.A.–¹⁶³. Sin perjuicio de ello rechaza la aplicación sin más de la doctrina de la Corte Suprema en “Motor Once”¹⁶⁴, ya que “excluir totalmente dicho rubro significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad”¹⁶⁵. Y agrega que la solución equitativa sería el reconocimiento del lucro cesante; sin embargo, su aplicación no debe ser resultado de una “igualdad matemática que marque la estricta equivalencia con las utilidades que dejó de percibir”¹⁶⁶.

Previo a concluir, juzgamos necesario detenernos a formular una reflexión.

El análisis que nos encontramos llevando a cabo tiene una finalidad mayor a la de presentar la discusión en torno a la laguna del mentado Artículo 18.

Es que en última instancia pretendemos mostrar que el errático desarrollo jurisprudencial realizado para determinar la cuantía de una indemnización, esto es la discusión en torno a la procedencia o privación del lucro cesante, no contempla todas las aristas del problema. En realidad, pensamos que el objeto de discusión contiene un ámbito mayor y debiera postular la discusión acerca de un sistema propio del derecho público y teorizado a partir de nuestro sistema constitucional. La discusión, que quizás será sin fin, que estamos presentando nos habla de la insuficiencia de la teorización realizada en la materia.

8. La consolidación de un sistema: Sobre la discusión respecto de los rubros indemnizables y la fuerza expansiva de la expropiación pública

No es posible pregonar la conveniencia o inconveniencia de su extensión a la reparación de los daños causados por obrar legítimo, sin antes detenerse a considerar los elementos conceptuales que hacen al régimen de esta técnica limitativa de la propiedad de índole extraordinaria. Se propone establecer una distinción entre el régimen de la expropiación y el de la revocación de actos administrativos por genéricas razones de interés público, mediante el análisis de los tópicos que establecen la diferenciación sustentada. Ellos son: la noción de expropiación pública y utilidad pública, el requisito de la calificación legal, y el procedimiento expropiatorio.

Mucho se ha discutido sobre su naturaleza y ubicación dentro del derecho público o privado por aquellas posturas que la identificaban con una compraventa forzosa. Sin embargo, no caben dudas de que es una institución de la esencia del derecho público por implicar una potestad, un acto unilateral del Estado expropiador en ejercicio del “*jus imperii*”, regido por principios propios y distintos del derecho civil. Es un modo especial y de excepción mediante el cual el Estado adquiere la propiedad de bienes sujeto a modalidades

¹⁶³ JA 1989-III-185, 190.

¹⁶⁴ Considerando 14 del voto del Dr. Bacqué.

¹⁶⁵ Considerando 15 del voto citado.

¹⁶⁶ Considerando 16 del voto citado.

predeterminadas. Y le asignamos el carácter excepcional en función de que consiste en un verdadero procedimiento sustantivo y adjetivo mediante el cual se autoriza al Estado a privar coactivamente de la propiedad de un bien a su titular. El recaudo de la calificación legal previa, la intervención del Tribunal de Tasaciones, y el procedimiento administrativo de avenimiento, cesión amistosa o extrajudicial, sumado a la previsión de la acción contencioso expropiatoria, dan cuenta de ello. Vale decir, para expropiar se precisa de una calificación de utilidad pública por ley formal, con la correspondiente determinación del bien, precedida de una indemnización establecida según la actuación del Tribunal de Tasaciones. Y de tal entidad es el alcance de la tutela procedimental que en caso de verificarse que al bien expropiado no se le ha dado destino alguno, o no satisface la pregonada utilidad pública, o ha sido afectado a un destino diferente al previsto por la ley, se habilita la acción de retrocesión para el restablecimiento de los derechos de propiedad turbados. Ellos son los recaudos fundamentales del régimen expropiatorio que no se encuentran reunidos en los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita.

En la calificación previa por ley formal de utilidad pública reside la verdadera causa expropiatoria¹⁶⁷. Dicha previsión constitucional advierte que la técnica expropiatoria es extraordinaria, limitada y condicionada al extremo. Y sobre este aspecto se insiste, siendo la declaración legal un elemento imperioso por virtud del cual el Congreso es la única autoridad que puede establecer esta utilidad, de ello se sigue el carácter excepcional de esta facultad de intervención estatal.

Para comprender la naturaleza expropiatoria es importante analizar el contenido del concepto “utilidad pública”. El término fue acuñado por Alberdi, quien se apartó de la Constitución norteamericana que sigue el criterio de los usos públicos¹⁶⁸, adoptados por nuestras Constituciones de 1819 y 1826.

¹⁶⁷ Esta cuestión, en apariencia semántica, ha preocupado a los autores como Canasi, quien distinguió las nociones de “utilidad pública”, “necesidad pública”, e “interés general” asignándoles significaciones distintas. Así sostuvo que el concepto utilidad pública tiene más alcance y materialización que la necesidad pública, de la Revolución Francesa cuajada en el Art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y Constituciones de 1793 (Art. 19) y del año III, y lo vemos en la de 1795 y excluido en la del año VIII. En cambio, se introduce dicha expresión en el Art. 545 del Código de Napoleón de 1804. El concepto más amplio y abstracto de interés general fue introducido en el Art. 38 de la Constitución Argentina de 1949 y suprimido con el retorno a la de 1853-60. Pero el concepto de utilidad pública, seguido por nuestra Ley N° 189 y mantenido por la N° 13.264 y la actual, por cuanto tiene base en el Art. 17 del texto Constitucional, fue empleado por el Código de Minería entre otras regulaciones. (Canasi, José, *Tratado Teórico práctico de la expropiación pública*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 49).

¹⁶⁸ Siendo el *public use* un concepto más abierto que en nuestro país es, en el derecho norteamericano, el elemento fundante del *eminent domain* contenido en la quinta enmienda y definido como el “poder de tomar la propiedad privada para el uso público por los Estados, las municipalidades y las personas privadas o corporaciones autorizadas a ejercer funciones de sustancia pública”. Así fue definido en el caso *Housing Authority of Cherokee National of Oklahoma v. Langley* (Okl., 555 P.2d 1025, 1028). El instituto de la “*expropriation*”, visto como “*a taking, as of privately owned property, by government under eminent domain*” se convierte así prácticamente en un sinónimo de la noción de *eminent domain* (*Tennessee Gas Transmission Co. V. Violet Trapping Co.* (La. App., 200 So.2d 428, 433).

Sin embargo, no es en vano señalar que debido a la magnitud de limitación a la propiedad que tiene la expropiación, todas las legislaciones del mundo son extremadamente parcas en su uso. Así, regulaciones como la inglesa limitaban la técnica de la expropiación a las llamadas “situaciones de necesidad indiscutible”. Al respecto, citando a Blackstone, el antiguo Profesor de Derecho Público Héctor Baudón explicó: “[...] es tan grande el respeto de la ley por la propiedad que no autorizaría la menor violación de este derecho ni aún a causa del bien general de la comunidad. Si, por ejemplo, pudiera abrirse un camino por tierra perteneciente a un particular y éste fuese altamente útil para el público, la ley no permite a ninguna persona hacerlo sin el consentimiento del dueño de la tierra. En vano se dirá que el bien del individuo debe ceder al de la comunidad, porque sería peligroso conceder a un particular o a un tribunal público que fuese juez del bien común y decidiese si era o no conveniente hacerlo. En este y otros casos semejantes solo la legislación puede imponerse y lo hace frecuentemente para compeler al individuo a condescender. Pero ¿cómo se interpone y lo compele? No despojando al súbdito de una manera arbitraria sino dándole una plena compensación y un equivalente por el daño que se le hace sufrir. Todo lo que el Legislador hace es obligar al individuo a ceder la propiedad por un precio racional y aún así solo con mucha cautela se le permite a la Legislatura el ejercicio de este poder”¹⁶⁹.

El concepto de utilidad pública se sigue en las Leyes Nros. 189, 13.264 de 1948 y en la actual 21.499, cuyo alcance se encuentra determinado por nociones finalistas como la satisfacción de una exigencia determinada por el perfeccionamiento social, o todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual¹⁷⁰. Es requisito de ley formal y no puede ser suplido ni por el Poder Ejecutivo ni por el Judicial. Esta exigencia de declaración legal funda la carga del particular de transferir al Estado la porción de propiedad afectada para ser destinado a la satisfacción de la necesidad pública que ha determinado su declaración de utilidad general. Esta declaración lo hace entrar en el carácter de cosa de orden público.

De esta forma, la vigencia de la garantía constitucional de la propiedad exige que ninguna expropiación puede ser practicada si no responde a una causa de utilidad pública calificada por ley; siguiendo este razonamiento es lógico pensar como fundamento de la acción de retrocesión que cualquiera sea la opinión sobre las facultades de los jueces para examinar si dicha causa concurre, es indispensable que esas facultades existan a fin de conjurar eventuales arbitrariedades del accionar estatal¹⁷¹. Así, procede esta acción cuando al bien expropiado no se le asigna el destino específico previsto en la ley u otro que posea conexidad directa, o interdependencia con aquel, o el destino resulta frustrado.

¹⁶⁹ Baudón, Héctor R., *Instituciones y garantías de la Constitución. Problemas argentinos contemporáneos*, Buenos Aires, Ed. Talleres Gráficos Argentinos, 1930, p. 104.

¹⁷⁰ Definición establecida en el Art. 1º de la Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499.

¹⁷¹ Coincidimos con la postura de Canasi expuesta en *op. cit.*, pp. 48 y 49.

Se advertirá entonces como otra distinción sustancial, que el recaudo de cambio de destino como presupuesto de la acción es un elemento desconocido y, por ende, establece una diferencia cualitativa respecto del régimen de la revocación de actos administrativos por interés público que ninguna previsión posee al respecto.

Finalmente, debe abordarse la cuestión del régimen indemnizatorio de la expropiación, sobre el cual nuestro Máximo Tribunal ha definido que se trata de restituir integralmente al propietario el mismo valor económico del que se le priva, cubriendo los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación¹⁷². Sin embargo, es en este tópico donde se plantea el problema central, por cuanto en la realidad existe un contenido complejo de elementos técnicos, económicos y jurídicos que deben integrarse para valorizar el *quantum* indemnizatorio. Y, a su vez, esa integración tiene su límite en la concurrencia del rubro lucro cesante muchas veces difícil de escindir dependiendo la naturaleza del objeto expropiado. Por ello es importante analizar brevemente dos valores de dudosa admisión como rubros indemnizables.

8.1. El valor llave

Es uno de los elementos intangibles en el valor de las propiedades, y siguiendo la clásica definición de Lord Eldon se dice que el “*good will*” consiste en “la probabilidad de que los antiguos clientes recurrirán al lugar conocido”¹⁷³. En esta acepción tradicional por “valor llave” se comprenden todas las ventajas que ha obtenido una firma conocida en la conducción de los negocios, ya sea en relación con la forma en que se conducía anteriormente en el negocio, o con el nombre de la firma, o con cualquier otro aspecto que redunde en beneficio del negocio. Es este el concepto establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el precedente “Los Ángeles Gas Electric Corp. vs. Railroad Commission of California” en los siguientes términos: “[...] el valor llave es el elemento que reposa en una referencia estable por parte de los clientes y que es propio del negocio establecido y bien conducido”¹⁷⁴.

Por su parte, nuestros Tribunales, siguiendo el criterio de la realidad económica tradicionalmente, han definido al valor llave como un conjunto de fuerzas productivas integrantes del fondo de comercio a que se refiere la Ley N° 11.867, conformado por

¹⁷² CSJN 7-10-1976, “Agros S.A. c/ Consejo Nacional de Construcciones Antisísmicas y de Reconstrucción de San Juan”, ED 70-167, entre otros pronunciamientos.

¹⁷³ In re “*Crutwell vs. Lye*”, en Marston & Agg, “Ingeniería de la Valuación”, T. 2, p. 307. Cabe aclarar que tanto la doctrina Angloamericana ha reproducido este concepto que luego fue ampliándose hasta adquirir la noción de toda disposición que los clientes mantienen hacia la casa de comercio identificada por un nombre o razón social determinada y que puede inducirlos a continuar sus compras en ella. (“*Churton vs. Douglas, Johns*”, Eng. Ch. 174). Para una mejor comprensión del tema sugerimos ampliar en la obra de Canasi, José, *Tratado de la Expropiación Pública*, pp. 685 y sigs.

¹⁷⁴ 53 US S.C. Rep. 37 (8 de mayo de 1933).

derechos y cosas, que tanto exterior como interiormente se presenta como un organismo, con perfecta unidad, por los fines a que tiende, que no son otros que la obtención de beneficios en el orden comercial e industrial¹⁷⁵.

Las nociones expuestas nos hablan de la valorización de una situación de preferencia otorgada por la clientela de un establecimiento comercial, industrial o una empresa con relación a sus competidoras¹⁷⁶. El problema se plantea entonces en función de que el Artículo 10 de la Ley de Expropiaciones excluye como rubros indemnizables los vinculados con “ganancias hipotéticas”, o el mayor valor producto de “obras a ejecutarse”, tópicos asimilables o al menos cercanos al consabido lucro cesante. En consecuencia, este rubro ha sido muchas veces negado por la jurisprudencia, por considerársele incluido dentro del lucro cesante.

Pero debe advertirse que si bien en la expropiación de emprendimientos comerciales o establecimientos industriales este valor puede cuestionarse, lo cierto es que en muchas oportunidades la realidad nos enfrenta a casos en los cuales este valor resulta, en realidad, el único rubro tangible por cuanto su privación supera la categoría “lucro” y llega a constituir un verdadero daño emergente, dependiendo del tipo de limitación que el Estado imponga¹⁷⁷.

8.2. El valor empresa en marcha

Si bien hay autores que lo consideran formando parte del concepto anterior, y otros que lo consideran como un rubro independiente, lo cierto es que la jurisprudencia, en general, es reacia a considerarlo como ítem indemnizable por asimilársele al estándar “ganancia hipotética” previsto en el Artículo 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones. Ello no empuja al reconocimiento minoritario que como tal merece la pena ser tratado a continuación.

Este rubro es conocido en la doctrina angloamericana como el “*going concern value*” y quizás uno de los criterios más atractivos para su caracterización fue el expuesto por el *Justice Lurton* de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1910, cuando dijo que no debía el valor de los huesos de la planta, sus propiedades físicas, como sus tierras, sus maquinarias, sus fábricas y depósitos; la diferencia entre una planta muerta y una viva es un valor real, independiente de la concesión que falte o de cualquier valor llave entre tal planta y sus clientes¹⁷⁸. En nuestro país, la posición fue receptada en los votos minoritarios del Juez Luis Boffi Boggero dictados en las causas “Provincia de Buenos Aires c/ Empresas

¹⁷⁵ CSJN, *Fallos*: 221:187.

¹⁷⁶ Para una mejor comprensión de la problemática de los rubros integrantes de la indemnización expropiatoria se sugiere ampliar en Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, pp. 595 y sigs.

¹⁷⁷ En igual sentido, Dromi, Roberto, *op. cit.* Si bien con otros argumentos, el autor considera que si bien en el valor llave hay algo de hipotético o de esperanza de lucro, es cierto que también hay un valor positivo y actual, que se computa y pondera en cualquier venta de negocio, acrecentando el valor de inventario; de ahí que corresponda que se lo incluya entre los rubros que integran la indemnización (obra y autor citado, p. 598).

¹⁷⁸ 218 US 180, 5-1-1910.

Eléctricas de Bahía Blanca” (*JA* 15-3-1963), entre otros precedentes¹⁷⁹. Allí sostuvo que el valor empresa en marcha difiere de la llave, siendo ambos integrantes del capital, y por lo tanto indemnizables desde que constituyen daño emergente y no lucro cesante, por cuanto –siguiendo al Justice Lurton– de lo que se trata es de “una planta viva actual y real y no una planta muerta”. En esta línea argumental puede diferenciarse con claridad una empresa establecida y en plena producción, con un emprendimiento similar pero en estado de inicio de actividades.

Asimismo, en este punto hay una doble distinción sustancial respecto del régimen de la revocación de actos. Por un lado, la exclusión del lucro cesante del Artículo 10, entendido como una exteriorización de la técnica de limitación del ejercicio de la propiedad, tiene como fundamento el procedimiento sustantivo de la calificación legal. A ello se le agrega que la explícita exclusión del lucro cesante cumple con la habilitación normativa que reclama el principio de legalidad para condicionar la actuación estatal. Estos extremos no se verifican en la revocación de interés público. Al no regularse un procedimiento minucioso no puede sostenerse la legalidad de la exclusión del lucro cesante por la sola invocación de la naturaleza expropiatoria por cuanto ella no concurre.

De lo expuesto hasta aquí se entiende la diferente naturaleza de la expropiación y la revocación. Así, utilidad pública e interés público aparecen como conceptos distintos, ya que este último aparece como un genérico título de intervención que justifica todo el accionar estatal bajo derecho público, mientras que el primero es un título de excepción.

9. Reflexiones finales

Pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. La tematización de la responsabilidad estatal por actuación lícita llevada a cabo durante buena parte del siglo XX, al amparo de los sistemas comparados, se encontró lejos de producir un aporte significativo.

A lo largo del presente trabajo hemos insinuado algunas de las disfunciones que se produjeron en nuestro ordenamiento a consecuencia de la incorporación acrítica, ahistórica y asistemática de categorías pensadas para otras realidades, desde tradiciones jurídicas diversas y desde un plano fáctico también distinto.

No hemos planteado las consecuencias de las disfunciones por cuanto excedería en mucho el objeto del trabajo. Sin embargo, y como una invitación a la discusión, creemos que la situación descripta puede tener como consecuencia probable el fenómeno que Habermas llama “deslegitimador del poder”: dada la exposición de un sistema a perturbaciones que merman la eficacia de sus operaciones y rendimientos al igual que la eficacia de sus decisiones. El sistema político fracasa en sus competencias regulativas, o bien cuando los programas implementados permanecen ineficaces, o bien cuando las operaciones de orden, regulación

¹⁷⁹ *Fallos*: 254:441, 454 y 462.

y control provocan efectos desintegradores. Entonces, el sistema político cae en el remolino de un déficit de legitimación y de un déficit de regulación sistémicos que se refuerzan mutuamente¹⁸⁰.

2. Creemos que a fin de evitar la anomia del sistema debe pensarse en la reconstrucción de las categorías fundantes de la legitimidad de nuestro ordenamiento. Pero como hemos visto, la resolución de un problema jurídico de estas características excede en mucho la simple argumentación desde el plano normativo. El problema es más complejo.

La conexión metodológica propuesta nos evidencia que según sea la teorización filosófica política, será el modelo de Estado y ello impactará sin dudas en el moldeado del plexo constitucional, el cual desde los postulados de la teoría de justicia nos permitirá evaluar la legitimación del ordenamiento jurídico particular en su evolución histórica, permitiéndonos detectar las simetrías y asimetrías de evolución de los planos de análisis. De allí la importancia de la conexión histórica, de la recreación de una perspectiva filosófica histórica y situada. De allí también la importancia de recrear los valores de identidad y pertenencia en la conformación de los valores comunes.

En consecuencia, la resolución del problema apuntado tendrá como uno de sus componentes centrales la utilización de determinados postulados de teoría de la justicia que permitan la reconstrucción de un pensar situado y sean a la vez coherentes y sistemáticos con nuestro modelo de Estado. No podemos incorporar categorías incompatibles con nuestra realidad fáctica y constitucional.

3. Siguiendo la perspectiva propuesta hemos determinado que para la época en que fue sancionado nuestro texto constitucional y correlativamente al momento en que fueron sancionadas las primeras normas locales sobre responsabilidad estatal, los principales sistemas comparados –sobre los cuales nuestros juristas recalarían en la búsqueda de fuentes– no habían desarrollado producción normativa alguna en la materia¹⁸¹.

A principios de la década de 1860, encontramos que dentro de nuestro ordenamiento se había ya gestado un embrionario sistema de responsabilidad estatal, teorizado a partir de nuestra peculiar realidad, producido a partir de nuestras fuentes jurídicas y tributario de una concepción del Estado que se plasmó, primero en el plexo constitucional originario, e inmediatamente después, en el plano normativo en dos momentos:

¹⁸⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Ed Trotta, p. 468.

¹⁸¹ Cfr. Salomoni, obra citada, p. 621. Sostiene el autor: “Esto brinda una primera pauta: en realidad, la concepción de la responsabilidad estatal en nuestro país, no se identificaba con el sistema de responsabilidad estatuido por Estados Unidos, y ello porque, hasta ese momento histórico, el Estado norteamericano no era responsable. Tampoco lo era el inglés ni el francés. Este último tardó veinte años más para responsabilizar al estado por un servicio ineficiente o mal prestado que causaba un perjuicio, a través del ya mencionado *arret* “Blanco”. Como más abajo veremos, Francia recién en 1934 comenzó a discutir la *responsabilité sans faute*, discusión que recién se consolidó a principios de la década de 1990.

-El primero, mediante la positivización en una norma legal del principio general normativo del Artículo 15 de la Constitución Nacional, a partir del dictado de la Ley N° 224.

-El segundo, mediante las previsiones presupuestarias y orgánicas - internas desarrolladas en la Ley N° 284 para el establecimiento de un cauce de reclamación efectiva.

4. El reconocimiento de bases constitucionales diferenciadas para la expropiación pública y el sistema de responsabilidad estatal por actuación lícita.

Así, la expropiación, al ser una técnica de intervención de extrema excepción en razón de los severos requisitos constitucionales que la autorizan –dado que la CN establece su régimen en forma diferenciada de otras técnicas de intervención– y de suma intensidad en cuanto a la habilitación constitucional para la ablación de garantías económicas, requirió ser pensada partiendo de una cláusula constitucional especial y distinta del Artículo 15.

Entonces, en la concepción originaria se permitiría distinguir la expropiación de los genéricos supuestos de responsabilidad generados a partir de la lícita intervención del Estado, bien por el hecho de las leyes o por los actos de gestión.

5. Para concluir, creo entonces que los operadores y juristas del siglo XXI nos encontramos llamados a teorizar y tematizar las instituciones de nuestro derecho público a partir de nuestra realidad e identidad cultural. Si el derecho es ante todo una construcción basado en identidades culturales y pertenencias comunitarias, nuestro punto de inicio de nuestros futuros trabajos deberemos buscarlo en la reconexión con nuestros valores comunes y postulados afines a nuestra realidad situada.

Se ha pretendido mostrar la problemática del régimen indemnizatorio en materia de responsabilidad estatal por actuación lícita, fundada en la indeterminación de la pauta indemnizatoria que debiera contenerse en el Artículo 18, 2° párrafo de la Ley de Procedimientos Administrativos.

A fin de ilustrar acerca del marco teórico dentro del cual cobra vigencia el sistema de la norma en cuestión, se presentaron los lineamientos centrales de las dos posturas propuestas a la luz de su desarrollo jurisprudencial.

De la misma manera se plantearon los componentes del problema, las soluciones contenidas en la ley de emergencia económica, advirtiéndose su dudosa vocación para dar solución al problema, precisamente por tratarse de una norma contingente.

En consecuencia, creemos que de la explicitación del marco teórico formulado se advierte que las dos posturas delineadas por la jurisprudencia para colmar la supuesta laguna normativa se fundan en la analogía al amparo del Artículo 16 del Código Civil. En un caso, se invocará para justificar la fuerza expansiva de los principios de la expropiación pública, postulando entonces la privación del lucro cesante. En el otro caso, se la invocará para sostener los postulados de la indemnización integral.

A esta altura creemos que la aplicación analógica de normas, parafraseando a Juan Francisco Linares en “el caso administrativo imprevisto”, debe ser realizada para ampliar las garantías de los particulares, y no para limitarla, lo cual implicará para nosotros la imposibilidad de restringir la indemnización debida con fundamento en los principios expropriatorios.

En consecuencia, creemos que una hermenéutica adecuada que consulte el plexo constitucional y los postulados del llamado “orden público supranacional”, debe integrar la laguna del mentado Artículo 18 con las reglas y principios contenidos en el Pacto de San Jose de Costa Rica. Me estoy refiriendo a la implicancia de los principios *pro homine* y de la interpretación evolutiva de los derechos humanos, en la resolución del caso imprevisto.

Las consideraciones hasta aquí expuestas nos revelan que a partir de la sanción de la Ley N° 19.549, a fin de determinar la cuantía de una indemnización, en nuestro país se discute sobre la procedencia o privación del lucro cesante, partiendo de la construcción local de ambas categorías en nuestro Código Civil y su interpolación al derecho público a la luz de las pautas construidas por nuestra jurisprudencia, pero sin tomar en consideración las pautas provistas por el plexo constitucional.

Puede advertirse una cierta disfunción en nuestro sistema local por cuanto la discusión en torno a la responsabilidad estatal por actuación lícita, al no ser construida a partir de nuestro ordenamiento considerado como sistema, no llega a aprehender las cuestiones en juego ni a abordar las aristas del problema frente a los casos concretos a los que ella se refiere. Ello lo advertimos al abordar los rubros valor llave y valor empresa en marcha.

En nuestra opinión, la integración del sistema de la norma nos pide un trabajo mayor. Reclama de nosotros la teorización situada en nuestro derecho público mediante la necesaria referencia a nuestro modelo constitucional originario, la evolución de sus categorías centrales y su adecuación al nuevo orden público supranacional.

Quizás no sea del todo osado concluir mi trabajo citando una reflexión de Dworkin: “El derecho es una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en intereses y convicciones. Esto es el derecho para nosotros, para las personas que queremos ser y la comunidad que deseamos”¹⁸².

¹⁸² Ronald Dworkin, *El imperio de la Justicia*.

EPÍLOGO

¿ADÓNDE VAMOS?¹

La pregunta es ambigua. Para precisarla, habría que dividirla en dos: preguntar, por una parte, adónde nos llevan; preguntar, por otra parte, adónde queremos ir. Además, esa primera persona del plural tiene igualmente que ser precisada: ¿se trata de esa gran mayoría de gente conformista, privatizada, sumisa? ¿O bien se trata de los de abajo, los resistentes, o no? Por supuesto, entiendo que el plural se refiere a los de abajo.

Ante nosotros se está abriendo un abismo: el deterioro de nuestro nicho ecológico – el cambio climático, el aire que respiramos, la energía que usamos, los muchos que somos, la indisponibilidad de tierra cultivable, de materias primas no renovables, y la acumulación de residuos–; todo eso hace inviable el modo de vida que conocemos, basado en el crecimiento económico y el consumo como motor de la economía.

Estamos abocados a un cambio civilizatorio al que se puede llegar por shock o, aunque haya pocas esperanzas para ello, por pasos más o menos ordenados. Habrá que decrecer en ciertos aspectos, habrá que ser más ascéticos o apolíneos que dionisiacos para que se pueda crecer en ciertos campos, como el de la medicina y la salud, y decrecer, o variar cualitativamente decreciendo, en casi todo lo demás. La humanidad aprenderá que no debe hacer todo lo que puede hacer.

Hay otro abismo además de éste: el abismo de las desigualdades sociales. Desigualdad, sobre todo, entre pobres y muy ricos, pero también entre pobrezas y pobrezas. Hay escalofriantes miserias en muchas partes del mundo, sobre todo en el continente africano. Y riquezas escandalosas, por ejemplo, de empresas farmacéuticas que no fabrican medicamentos necesarios para africanos pobres porque éstos no las pueden pagar. Hay, todavía, abismos de desigualdad por razón de género o del objeto de la pulsión sexual en

¹ Texto elaborado en respuesta a la atenta solicitud del profesor Isaac Augusto Damsky, para ser incluido como epílogo de su libro *Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil*.

todo el mundo y especialmente en las sociedades más tradicionales. Y hay abismos entre las concepciones del mundo mayoritarias en diferentes sociedades, modos de entender el universo tan distintos que tales diferencias culturales vuelven enormemente dificultosas las soluciones dialogales de los conflictos.

Hemos entrado, además, en una época nueva gracias, entre otras cosas, a los descubrimientos informáticos y cibernéticos; una época en que han sido o serán transferidos a las máquinas aspectos del proceso de producción de bienes que antes precisaban el trabajo directo de seres humanos. Este progreso tecnológico dista mucho, sin embargo, de conllevar progreso social: la disminución del tiempo de trabajo necesario para producir ha significado paro, pobreza e inseguridad para los trabajadores; mayor riqueza para los ricos y no, en cambio, mayor tiempo para el goce de la vida para las clases trabajadoras. Un fabuloso producto de esta época nueva, internet, que facilita el acceso al saber mundial a quienes tenemos el privilegio de poder usar esa red de redes, resulta al mismo tiempo ambiguo y peligroso: facilita, sí, el contacto virtual entre las personas, pero contacto virtual no es lo mismo que relación, que interacción (p. ej., el grotesco uso de la palabra “amigo” en Facebook es pura degradación del lenguaje). La informática nos llena de *gadgets* innecesarios, y promete un futuro de automatización de prácticamente todas las tareas de la vida. Una gran divisoria se establece entre quienes pueden beneficiarse de todo eso y los que no. Y lo que parecen haber decidido los llamados *desarrolladores* de la informática es no hacer proyectos para pobres.

Las políticas económicas neoliberales implantadas prácticamente en todo el mundo han suscitado cambios sociales importantes –además del cambio básico, abandonar a su suerte a las personas marginadas por los mercados–: de una parte, el predominio del lado financiero de la economía sobre su lado productivo. Hoy es más fácil acumular riqueza mediante operaciones financieras que mediante operaciones productivas; de otra parte, la aparición de un poder político de decisión superior al de los Estados, una soberanía supraestatal difusa, que se impone a las instituciones públicas y les dicta aspectos fundamentales de sus políticas, sobre todo en materias económicas y militares. Los Estados se han vuelto permeables a los grandes poderes económicos privados y no solo a las directrices de las potencias hegemónicas.

En estas condiciones resulta muy difícil aventurar perspectivas. El derecho ha estado siempre vinculado a territorios determinados, a Estados, a actores concretos, a regulaciones precisas. Eso no tiene nada que ver con conflictos o acciones de carácter supraestatal, ni con agentes poderosísimos pero inaferrables, o casi, fantasmales (“el capital como espíritu puro”, que decía Pietro Barcellona), con normativas no estatales ni públicas, sino dadas por agentes privados, pero que regulan actividades importantísimas: así, la normativa financiera internacional es de origen privado. Se ha extendido toda una “legislación” privada que directa o indirectamente afecta a todo el mundo, un “derecho” hecho de acuerdos invisibles por el *público*, sin jueces, sin el tipo de *sanción* por infracción que conocemos, pero no por ello menos eficiente.

Hemos entrado, en suma, en un mundo de barbarie cuyas peores consecuencias apenas sí han empezado a manifestarse.

No veo otro camino, para los de abajo, que el de su identificación profunda con la democracia, lo que significa también identificación contra las desigualdades; y el de la acomodación acomunada, en común y solidaria, a los cambios que implica la crisis ecológico-civilizatoria.

Habría que exigir de las instituciones públicas, incluidos los Estados, que lo sean realmente, que ejerzan el poder. Y que lo ejerzan democráticamente, buscando los de abajo nuevas maneras de intervenir y poner coto al mal del siglo: la corrupción. Habría que profundizar y extender la cultura democrática, reconociendo en los demás el carácter de personas sagradas que también nos corresponde a nosotros; respetando a todas las personas, aunque no a las ideas de algunas de ellas, que pueden ser antidemocráticas, jerarquizadoras. Esa exigencia de unas instituciones públicas poderosas es indisoluble de su democratización.

Orientar internacionalmente a las instituciones a publicitar *todas* las normas, a subordinarse a sí mismas las normativas privadas primero y eliminarlas después, a hacer frente tanto internacional como localmente a la crisis ecológico-civilizatoria, es la tarea más importante que aguarda a las gentes de buena voluntad. El instrumento laico del derecho, de un derecho impulsado y establecido democráticamente, es por el momento el que se vislumbra como eficaz para las transformaciones necesarias. Pero por sí puede resultar insuficiente si no surge una cultura nueva de solidaridad e igualdad entre las personas que tenga, como cultura laica, la capacidad de unir a las gentes que tuvieron, aunque ideológicamente, las religiones antiguas.

Juan Ramón Capella

ANEXOS

**LAUDATIO AL PROFESOR AGUSTÍN GORDILLO ANTE EL
GRUPO EUROPEO DE DERECHO PÚBLICO DE LA
ORGANIZACIÓN EUROPEA DE DERECHO PÚBLICO
(SPETZES, GRECIA, 2016)**

Querría humildemente compartir con ustedes como testigo que los principales (referentes del derecho) juristas de toda Latinoamérica en varias ocasiones han coincidido por unanimidad en exaltar a Agustín Gordillo al sitio de más prominente jurista latinoamericano de nuestro tiempo y del siglo XX, y lo sitúan como uno de los más destacados pensadores y grandes maestros de toda la historia jurídica latinoamericana. Sin su luz, sin su inmensa obra, sin su inmensa prédica transitada por todas las américas, sin su incomparable generosidad para iluminar el camino, el derecho en Latinoamérica estaría mucho más sumergido en las tinieblas y mucho más aprisionado del característico sesgo dictatorial que moldeó ese especial sistema de poder omnímodo que apresó al derecho público anterior a Gordillo. Él es un antes y un después para el derecho público latinoamericano. El único catedrático que en plena dictadura militar argentina casi cuarenta años atrás se animó a proponer la necesidad de desarrollar a la participación ciudadana como verdadero instrumento de cambio para la efectividad de los derechos. Él es para el derecho de Latinoamérica un enorme paso *ex umbra in lux*.

Se necesitarían muchas vidas muy iluminadas para lograr la enormemente lúcida experiencia y fértil trayectoria ininterrumpida de Agustín Gordillo mensuradas en más de cincuenta y cinco años de producción jurídica coherente, íntegramente útil, vigente, sistemática, interrelacionada y de avanzada. Es el catedrático de más larga trayectoria de Latinoamérica. Nadie como él llegó tan joven a la máxima posición académica y nadie como él se mantuvo en el máximo nivel de originalidad desde sus comienzos al presente porque su pensamiento es desde siempre de avanzada y su habilidad para comprender y explicarnos en Latinoamérica la realidad mundial es única.

Al mismo tiempo Agustín Gordillo son muchas personas en una persona. Es el Tratadista que nos hace pensar anteponiendo la realidad a la teoría, pero es también el Maestro que nos enseña las claves para resolver los casos desde los hechos, su valoración y las normas. Es también un Abogado prominente y un destacado *Of Counsel* en toda América y también un muy prestigioso Árbitro y Juez de Tribunales Internacionales.

El epicentro de su producción original se concentra en su *Tratado de Derecho Administrativo* y obras selectas de más de cincuenta años de evolución, expansión y actualidad permanente. Al día de hoy son ya más de once tomos y se esperan más de quince. Su enorme valor reside en que es mucho más que una formulación teórica dentro de los cánones tradicionales de la escritura jurídica de América hispana. Su método, sus contenidos y sus enfoques son inéditos en toda la obra latinoamericana. Su obra atraviesa teoría y práctica del derecho por igual; vincula la dimensión nacional, internacional y supranacional de las más relevantes instituciones actuales. Gordillo nos propone un método en derecho absolutamente novedoso para los latinoamericanos y nos propone estudiar el derecho a partir de los hechos e invitarnos al “*sapere vedere*” (saber ver) la realidad para comprender los cambios y su impacto o reflejo en el derecho y la teoría en su dimensión nacional, internacional y supranacional. Centrar nuestro análisis en los hechos de los casos antes que en las formulaciones teóricas. Vincular o conectar hechos y valorarlos (evaluarlos) para después buscar la respuesta teórica jurídica que más equitativamente resuelva el problema. Fue el primero en Latinoamérica en proponer un método en derecho. Y fue el primero en Latinoamérica en proponer discutir y pensar el derecho público desde el sistema de derechos y ya no más desde el omnímodo sistema de poder que en Latinoamérica posee aun hoy un fuerte contenido dictatorial, insisto, como rémora de varias décadas de dictaduras militares. Es también el primero en explicar de manera clara y sencilla el derecho administrativo latinoamericano. Fue el primero en “democratizar el discurso jurídico” aún antes de que la Corte Americana de Derechos Humanos comenzara a discutir esta necesidad.

El Profesor Flogaitis, en el prólogo del libro de Agustín Gordillo, “An introduction to law”, elogia brillantemente la calidad de su trabajo diciendo: “[...] las nuevas obras de Agustín Gordillo son distintas de sus anteriores pero todos sus trabajos son plenamente vigentes”. Toda su obra está atravesada por la búsqueda de la verdadera esencia del derecho y el apropiado *balancing between* la teoría y práctica del derecho. En todos sus trabajos se refleja su experiencia práctica y su sabiduría, que es mucho más que su muy amplio conocimiento de las grandes teorías jurídicas universales. La importancia que Agustín Gordillo otorga a la realidad del contexto dentro del cual se escribe cada una de sus obras bajo un método que refleja su propia sabiduría práctica determina que cada una de las obras de Agustín Gordillo sea, como dice el Prof. Flogaitis, “un capítulo de su autobiografía”.

Por estas razones la obra y el Tratado de Gordillo son tan didácticos, tan útiles, tan actuales, tan comprensibles y, por todo ello, es mucho más que una obra teórica. Su obra es un permanente triple punto de encuentro. Se encuentra la sabiduría jurídica de Gordillo con su práctica profesional. Se encuentra la realidad nacional, regional e internacional con la formulación teórica. Y es un punto de encuentro del derecho con la política, la economía y la historia.

Para dimensionar la magnitud y brillantez de la persona y obra de Gordillo en Latinoamérica es necesario comprender el brutal contexto histórico dentro del cual la acuñó, y la originalidad de su teoría. Su obra se inicia durante la década de 1960, una década tumultuosa para una Latinoamérica que comenzaba a sufrir una escalada de violencia política sin precedentes. Nuestra América oscilaba pendularmente entre intentos de movimientos revolucionarios, débiles intervalos de gobiernos democráticos y dictaduras militares cada vez más duras. Estas oscilaciones fortalecieron sin precedentes al sistema de poder de los Estados Latinoamericanos y consolidaron las más cerradas teorías de poder al servicio de los gobiernos de turno para proteger una supuesta “razón de Estado”. Impactaron duramente sobre los derechos y las libertades públicas. Los restringieron a su mínima expresión posible. El derecho administrativo quedó reducido a un juego de ilusiones y espejos. El libre pensamiento quedó suprimido. Las universidades públicas fueron intervenidas por el máximo poder de gobierno. Argentina y Latinoamérica ingresaron en la década de 1960 en una escalada sucesiva de violencia y represión social, económica y cultural que lograría su máxima expresión durante la década de 1970 y se proyectaría hasta casi la primera mitad de la década de 1980.

Durante este período se consolidó un derecho público latinoamericano centrado en el poder. Latinoamérica, de ese entonces, solo tomó del derecho público continental europeo algunos elementos aislados de su sistema de poder para justificar sus dictaduras y utilizar a un Poder Judicial débil para legitimarlo. Se exacerbó al poder y se redujeron al mínimo los derechos. Se consolidó mediante un discurso jurídico oscuro y contradictorio bajo una fuerte separación (desvinculación) entre Constitución y derecho administrativo.

Gordillo fue el primero en alzarse para cuestionar la ideología dominante. Cuestionó el sistema de poder. Y lo hizo mediante el desarrollo de un sistema de derecho. Desarrolló una obra nutrida por igual de teoría y realidad. Interpretó la realidad jurídica más allá del derecho analizándolo desde sus condicionantes políticos, económicos, sociales y culturales. Desarrolló un método en derecho. Dejó al desnudo el oscuro funcionamiento del esquizofrénico y corrupto aparato estatal latinoamericano y habló de “la Administración pública paralela”. Denunció a un poder que usa al derecho para justificarse.

Su pensamiento, su genio, su obra inspiró a muchos. Inauguró un activismo jurídico latinoamericano sin precedentes. Sus teorías no solo nos posibilitaron comprender la realidad de contexto argentino e internacional, sino principalmente logró mejorar mucho nuestro *administrative judicial review*.

En un período de oscuridad, Agustín Gordillo fue el primer autor en hablarnos en un lenguaje directo, claro y comprensible. El primer autor latinoamericano en enseñarnos que el derecho administrativo transcurre en un *international open space* en una *public arena* dentro de un *global governance*. Este fenómeno genialmente interpretado en Europa por el Gran Maestro Sabino Cassese fue presentado por primera vez a Latinoamérica por Gordillo. El primero en explicarnos a los latinos la dimensión internacional y supranacional del derecho público: el primero treinta años atrás en demostrar la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Administración pública.

Gordillo es un hombre coherente. Es un hombre que vive como piensa. Es un librepensador. Está solo comprometido con la búsqueda de la verdad. Sin ataduras. Es un democratizador. Es el gran pionero de la tecnología al servicio del derecho. Fue el primero en poner su tratado íntegro y todas sus obras completas en internet para que todos los estudiantes lo sigan. El primero en demostrar la necesidad de modernizar la Administración pública argentina mediante el Information Technology Empowerment. Es un jurista revolucionario. Un lúcido intérprete de las realidades de los distintos tiempos. Un hombre lleno de ideas renovadoras. Él es para nosotros, los latinoamericanos, un hombre lleno de luz. Un universalizador. Un centro de unión en el que convergemos personas de las ideas más disimiles. Un Sol en equinoccio, en el cenit, que a su paso ilumina con máxima intensidad el camino de todos los latinoamericanos que nos hemos decidido a seguirlo.

JORGE LUIS SALOMONI - SEMBLANZA DE UN MAESTRO, ESTAMPA DE UN AMIGO*

*“El día en que no se oiga la voz de tu instrumento
cuando dejés los huesos debajo de un portal,
los bardos jubilados sin falso sentimiento
con una canzonetta te harán el funeral”.*
(Homero Manzi, 1925)

Apasionado. Con una puntualidad ritual, con la fraternal complicidad de aquél *puntual parroquiano* de Manzi, de aquel amigo que honra, fiel, la cita de los amigos, sus alumnos; el Maestro inauguraba cada uno de sus cursos, de manera radiante, luminosa. Su clase inaugural era siempre una invitación sencilla a la comprensión de una realidad jurídica compleja. Entiéndaseme bien: para Salomoni, la complejidad era cuestión de realismo, originalidad, sensatez y sencillez bien entendida. Iniciaba su clase. Su claridad y calidez retroalimentaban su apasionamiento. Se le encendía su mirada. Cautivaba a su audiencia bramando: “Estamos en un período revolucionario. En el momento más extraordinario que se haya conocido. Asistimos al parto de un sistema de derecho no conocido, no discutido, los actores somos nosotros y hay que construirlo”. Su exposición, sin axiomas, aventaba de complicaciones, tautologías y abstracciones dogmáticas, la resolución del problema jurídico.

** Aclaración preliminar:* El texto entrecomillado se integra, principalmente, por pasajes del pensamiento del Maestro homenajeado extractados de la introducción de su obra, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 17-29, y el último reportaje que, días antes de su lamentable desaparición, concediera para el medio periodístico argentino *Río Negro Online*, titulado: “El derecho en Argentina. Un juez puede declarar ilegal una ley si no garantiza la felicidad” (publicado el domingo 2 de abril de 2006). Un alfa y un omega. En honor a sus enseñanzas y a esas veladas inolvidables, como modesta retribución por tanto afecto, van estas palabras de homenaje.

El autor, Dr. Damsky, colaboró con el extinto Maestro, durante diez años ininterrumpidos, en su labor en la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires.

Polémico. Con un estilo único, personal, desprovisto de arabescos, fiel a su pensamiento original, se animó a caracterizar las disfunciones y anacronismos que aquejan a nuestros ordenamientos jurídicos americanos y, en especial, el argentino, caso paradigmático en el cual persistían estructuras ideológicas y jurídicas obsoletas, no obstante haberse erigido ante nuestros ojos una realidad compleja aún no percibida por los operadores jurídicos. No se cansaba de explicitar que “la disfunción se produce cuando el intérprete se encuentra que cambió la situación fáctica o la concepción filosófico política, pero se mantiene el antiguo ordenamiento”, de manera tal que, en sus términos, demostraba que se operaba una “deslegitimación del ordenamiento”, produciendo una “crisis de credibilidad de las instituciones”, que descolocaba al intérprete jurídico al punto de remitirlo de “argumentaciones no jurídicas para resolver cuestiones jurídicas” para las cuales “el propio ordenamiento no le da solución a la nueva cuestión planteada”. Enfático, denunciaba que “en la Argentina estamos con las categorías de pensamiento del siglo XIX. Pero el mundo es otro, las situaciones son distintas, y estos ordenamientos internacionales han transformado el ordenamiento jurídico argentino”.

Profundo. Acaso con la sencillez propia de las almas que se animan a escudriñar el fuego de los Dioses, develaba a toda audiencia y cautivaba a los escuchas de la clase inaugural revelándoles que “el primer problema que se le presenta al estudioso del derecho es determinar si las preguntas que genera el modelo jurídico objeto de su estudio son iguales para todos los países y, de serlo, en el fondo o en su núcleo, si su formulación no reconoce distingos provenientes de las peculiaridades del sistema cultural, que incluye los subsistemas político, económico, social y jurídico de un país o región dada en un momento histórico determinado”. Desde su perspectiva “situada” desbrozaba las bases actuales del sistema argentino. Ardiente, advertía que las bases de sustentación y los contenidos de nuestro sistema habían cambiado. Sensato, demostraba que la discusión había cambiado. Seducía a su tribuna al insistir en que “este es un sistema tan extraordinario, un cambio tan profundo, que ha tocado todos los ordenamientos jurídicos, y en el derecho administrativo fundamentalmente porque es el derecho público, que antes se conocía como un derecho de desiguales. Esto es: la Administración pública estaba por encima del particular, tenía prerrogativas, tenía una cantidad de cuestiones que hoy están en tela de juicio”. Ilusionado, aunque acaso con un dejo de realismo, se le escuchó epilogar que “el fin de la Administración pública es lograr la dignidad humana” y que, consecuentemente, “toda organización administrativa que no esté en miras de lograr la dignidad humana es una Administración pública ilegal”.

Creativo. Haciéndose carne de las enseñanzas de sus Maestros en quienes él se reconocía como “hijo putativo”, la resolución de los problemas jurídicos que planteaba, siempre encontraba como punto de partida la necesidad de contar con un *método* y una hermenéutica que le permitiera desentrañar *los hechos del caso*, para construir *la solución creativa*. Solía insistir en que “uno de los problemas a resolver, desde la ciencia jurídica, es si es posible establecer algún método que permita distinguir la problemática universal

de las particularidades culturales del país donde se instaura un determinado sistema”. Encontró su *método*. Su herramienta, una herramienta posible, con la cual procuró construir una obra, su obra. En el último tiempo, ese método lo aplicó a la que, actualmente, llamaba su “preocupación principal en derecho administrativo”: el impacto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, desde tiempo atrás, sostenía habían “modificado sustantivamente nuestro sistema de derecho público” y “la jerarquía de las fuentes del derecho”. Categórico, sostenía que “los ordenamientos internacionales han transformado el ordenamiento jurídico argentino” y, enfático, aseguraba que “el nuevo límite de las políticas públicas está por fuera de la Nación. Lo impone la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Y acaso, como en una quimera, se preguntó y respondió: “¿Cuánto falta para que un particular se presente ante un juez con el planteo de que el gobierno no le garantiza su dignidad, y el juez le haga lugar? No sé cuándo, pero eso va a pasar”, se le escuchó decir.

Talentoso. Insistía en la necesidad de utilizar un método de análisis para comprender el entramado de nuestro derecho público, de nuestra realidad, “en un contexto temporal y espacial”. Para él, se hacía necesario “integrar cuatro planos o niveles de conocimiento, juntamente con su evolución histórica y con la conformación del modelo al que se cree valioso realizar para la sociedad y el individuo del país que se considere”. Afirmaba y demostraba que no era posible comprender la realidad jurídica y dimensionar su trascendencia si no se estudiaba “la dimensión filosófica política, desde la que se fundamenta y explicita la concepción del Estado”, su consecuente impacto sobre la teoría y dinámica constitucional *vis a vis* el ordenamiento supranacional, para luego integrar al “ordenamiento administrativo particular necesario y posible para lograr la efectiva vigencia del sistema al cual se aspira”, junto con “el plano fáctico del cual nace y a quien va dirigida la institución jurídica”.

Revolucionario. Su entramado intelectual produjo una obra acaso de ruptura –al decir de un Gran Jurado–, a través de la cual el Maestro se propuso “volver a trazar una línea que nos comunique con las fuentes nacionales del derecho público”, demostrando “su identidad y originalidad” respecto de aquellos modelos extranjeros que constituyeron, para el caso argentino, “polos de influencia y, en algunos casos, de supresión, de nuestro ordenamiento”. Formuló hipótesis y las convirtió en tesis. Inauguró un camino posible para emprender “la búsqueda de identidad de nuestro ordenamiento jurídico”. Enseñó –acaso sin proponérselo– a dialogar con nuestro objeto de estudio. Dialogar, en el sentido de –recreando los términos de Abraham Skorka– posibilitar salirnos del punto de vista de uno para entender al otro y regresar a la propia identidad después de haber hecho el esfuerzo por entender la ajena. Ello, como condición necesaria para lograr lo que él llamaba “un pensar situado concreto y no una abstracción vacía”. El esfuerzo por intentar una reconciliación con una identidad cultural, original y originaria. Por rescatar lo que para él era una herencia perdida. El esfuerzo por comprender –coherente con sus raíces históricas, locales y regionales– una tradición jurídica que resultara suprimida por la incorporación acrítica de categorías incompatibles con nuestra identidad iberoamericana.

Alegre. Vital, siempre vital. Divertido. Musiquero auténtico, inauguró un estilo profundamente original, y llano, de pensar-disfrutando el derecho administrativo. Descontracturado. Amante de toda expresión musical que trasuntara originalidad y autenticidad—sus encuentros tenían ese sello inconfundible de lograr ensambles armónicos en los que, por disímiles que parezcan, se disfrutaba desde la lírica hasta el blues—, transformó las solemnes tenidas académicas en cálidas veladas prolongadas, a través de las cuales las más variadas constelaciones musicales de ritmos representativos de las diversas latitudes doctrinarias se dieron cita fusionando un ideario común: que el derecho administrativo también podía ser divertido.

Quizás, en cierta manera, por la honra a las analogías y en semejanza a los matices policromitos de los vínculos sentidos y de la condición humana (y de las relaciones humanas), faltaría a la verdad si dijera que la estampa del amigo estaría completa y correspondida con esta modesta aportación. Acaso deba pararme sobre los hombros del *Escritor* para reconocer: “[...] que en la realidad las cosas no se pueden corresponder entre sí como se corresponden las argumentaciones en mi carta, pues la vida es algo más que un rompecabezas; pero con la enmienda que resulta de esa objeción, enmienda que no puedo ni quiero tratar hasta el detalle, se ha logrado, en mi opinión, algo muy aproximado a la verdad, a tal punto que pueda tranquilizarnos un poco a ambos y hacernos más fáciles el vivir y el morir”.

No tema el lector. No son más tales palabras, no podría haber logrado enhebrar tal alocución. Fueron las expresiones con las que el genial *Franz Kafka* dio cierre su célebre “Carta al padre”.

El Maestro Jorge Luis Salomoni falleció en la Ciudad de Buenos Aires el 3 de abril de 2006. Vertebró un pensamiento. Original. Embrionario. Estableció los cimientos de una obra, en construcción. En progresivo desarrollo. Contaba con solo 51 años.