

ÉTICA PÚBLICA Y SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL AGENTE PÚBLICO

Derivaciones del III Seminario de Actualización
en Derecho Administrativo
2016

Miguel Berri	Ignacio de la Riva
Oswaldo Bezzi	Martín Espinoza Molla
Carlos Botassi	Felipe González Barlatay
Ernesto Bustelo	Agustín Gordillo
Julio Conte-Grand	David A. Halperín
Pedro J.J. Coviello	Ana Cristina Logar
Isaac A. Damsky	Guillermo F. Rizzi

COORDINADORES
Martín R. Espinoza Molla
y Guillermo F. Rizzi

Prólogo de Oswaldo H. Bezzi

Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público/ AAVV - Espinoza
Molla Martín R. – Rizzi Guillermo Coordinadores
1ª. Ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2017
ISBN: 978-950-34-1584-9

ÍNDICE

Prólogo	9
Presentación	13
Acerca de los autores	17
El tribunal social de responsabilidad política del artículo 3° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Miguel Berri	24
Democracia, corrupción y control. Oswaldo Bezzi	37
Responsabilidad del Estado y del agente público por omisión en la Provincia de Buenos Aires. Carlos Botassi	64
Nuevamente sobre la Responsabilidad del Estado, el Código Civil y Comercial de la Nación y ¿el Mito de Sísifo? Ernesto Bustelo	79
La Ética de la idoneidad. La ética pública y el rol de los operadores jurídicos Julio Conte-Grand	94
Reflexiones sobre la Ética pública. Pedro J.J. Coviello	126
Sobre el discurso jurídico anticorrupción dentro de un sistema que la promueve. Isaac A. Damsky	166

Responsabilidad del Estado derivada del ejercicio del poder constituyente (Con motivo del reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena). Ignacio de la Riva	206
El concepto de Interés público y su contenido actual. Martín R. Espinoza Molla	228
La aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos en la etapa de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo. Felipe González Barlatay	246
La corrupción como delito de lesa humanidad. Agustín Gordillo	285
Las convenciones internacionales contra la corrupción y la contratación pública. David A. Halperín	307
Acceso a la información pública. Perspectivas frente a la nueva ley nacional. Ana Cristina Logar	332
En Vista de la Buena Fe. Guillermo F. Rizzi	361

ÉTICA PÚBLICA Y SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL AGENTE PÚBLICO

**Derivaciones del III Seminario
de Actualización en Derecho
Administrativo**

2016

PRÓLOGO

La Secretaría de Extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, con motivo de inaugurar, en noviembre de 2013, el *Primer Ciclo de Conferencias sobre Fundamentos Actuales del Derecho Administrativo, en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, hizo posible la realización de conferencias y seminarios en los que se han abordado grandes temas del Derecho Administrativo, correspondientes a sus instituciones fundamentales, así como a los problemas que afectan a la administración contemporánea, y consecuentemente, a los ciudadanos.

Uno de ellos, el de la corrupción, junto a la ética pública y el buen gobierno, resultan ser el eje de la temática de este libro colectivo en el que participan juristas de la talla de Agustín Gordillo, quien en su fecunda y gigante obra ha escrudiñado las causas de la corrupción en el ordenamiento administrativo argentino; Pedro José J. Coviello y Carlos A. Botassi, quienes han efectuado obras jurídicas de valor y abordado el fenómeno de la corrupción y la ética pública en estudios significativos, junto a un grupo de destacados profesores que han concebido como una auténtica función pública a la docencia.

El gran maestro homenajeado en este Ciclo de Conferencias, don Eduardo García de Enterría, había expresado su preocupación al haber advertido que la corrupción aparece como una excrecencia dañina en el sistema democrático de occidente, y en rigor, hay que decir que no hay nada más objetivo que lo hechos.

El mundo de la ciencia no debe ignorar los valores (gran preocupación que atormentaba al maestro Ernesto Sábato), y mantenerse ajeno a los graves problemas que afectan a la democracia contemporánea, y con ello, a los ciudadanos. Como decía Bartolomé A. Fiorini “Un Derecho Administrativo que no se preocupe de las personas no merece llamarse Derecho”.¹

¹ Fiorini, Bartolomé A., “El control sobre los actos administrativos, la administración en los Estados totalitarios y la acción popular”, en Rev. La Ley, Tº 80, Sec. Doctrina, p. 86 y ss.

El Derecho Administrativo como ciencia surgió a la luz del principio de legalidad, el cual implicara la legalización general y anticipada del ejercicio del poder, y que tiene como un norte que guía y nutre a sus grandes instituciones, tanto a la interdicción de la arbitrariedad del poder, como a la satisfacción de los intereses colectivos. Por ello, una de sus grandes construcciones ha sido el emblemático recurso por «Excès de Pouvoir», obra del Consejo de Estado galo, por el que inicialmente se conociera respecto de las graves irregularidades que denunciaban los ciudadanos, y en la segunda parte del siglo XIX constituyera un gran aporte en defensa de la legalidad y moralidad administrativa, escudriñando los móviles más íntimos del obrar administrativo.

También la «teoría de las nulidades en el Derecho público» tiene como eje la defensa de la legalidad, el recto ejercicio de las potestades administrativas, y en el pensamiento de uno de los epígonos de la Escuela de Burdeos André De Laubaudère la protección de los intereses generales². Por ello cabe expresar que el adagio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (no se escucha en juicio a quien alega su propia vileza/torpeza) que se aplica a la nulidad de los contratos, en el derecho privado (arts. 387 y 1014 del Código Civil y Comercial Argentino) y como una excepción a la restitución de lo pagado indebidamente a causa de un convenio ilícito o inmoral, su pretendida extensión en el campo de las teorías de las nulidades del acto administrativo, merece las siguientes reflexiones: Si la Administración no pudiera alegar los vicios invalidantes que hubieran afectado a un acto administrativo (situación distinta y diferenciada a la de “sacar provecho con el dictado de una nulidad”) se desmoronaría el eje o sentido que debe nutrir a dicha teoría en el derecho público, cuales son las defensas de la legalidad y la protección de los intereses generales; en definitiva, nos preguntamos, si la administración estuviera auto vinculada ¿qué sentido tendría la nulidad absoluta?. Ello es así, toda vez que no debe dejar de tenerse presente que las potestades administrativas, tienen siempre y en todos los casos carácter vicarial pues se ejercen en beneficio de la comunidad, no resulta razonable que por un funcionario deshonesto o que cometió una grave irregularidad, se perjudicara a terceros: la comunidad. Otro aspecto a determinar debe ser la de definir a quien corresponde la declaración de

² De Laubaudère, André, “*Traité de Droit Administratif*”, Hutième Edition, L.G.D.J., París, 1980, p. 269.

nulidad.

Como ha expresado Manuel Rebollo Puig, el mencionado brocardo no constituye un principio general del derecho sino más bien la excepción a una regla general: la de “la restitución de lo pagado indebidamente por un motivo o causa inmoral del contrato”, advirtiendo que ese adagio se ha desmadrado³.

Ciertamente la Administración debe actuar de acuerdo con el principio general de la buena fe, la doctrina de los propios actos, el precedente administrativo y la confianza legítima, que constituyen limitaciones y criterios interpretativos del actuar administrativo, pero queda en claro que ese campo de aplicación es diferente al del genuino adagio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Asimismo se debe dar una solución a los problemas que plantean los plazos de caducidad y la teoría del acto firme, construcción necesitada de una revisión para poder dar solución a determinadas situaciones jurídicas (p.ej. alegación fundada de vicios muy graves, derechos con plazos de prescripción o de carácter irrenunciable, casos estos en los que el principio del derecho a la tutela judicial efectiva debe prevalecer a las exigencias de la seguridad jurídica; una vía podría ser la de perfeccionar la denuncia de ilegitimidad, acotando los supuestos cuya desestimatoria faculte instar al afectado una acción autónoma de nulidad).

También correspondería discriminar cuando un acto administrativo produce todos sus efectos jurídicos (cumplimiento de un procedimiento administrativo previo, habilitación legal específica, entre otros recaudos) y cuando sólo representa una mera decisión. En consecuencia, consideramos que como garantía de los ciudadanos en materia de actos de gravamen no procedería la figura del acto tácito.

Regresando ya directamente a la temática de la ética pública, la corrupción y el buen gobierno, es dable recordar las palabras que expresara el Abate Sieyès en el sentido que: “los funcionarios no tienen sino más deberes que los otros ciudadanos” y que: “Una función Pública no puede nunca llegar a ser propiedad de quien la ejerce; su ejercicio no es

³ Rebollo Puig, Manuel, en “Enriquecimiento Injusto y Nemo Auditur en el Derecho Administrativo”, Cuadernos de Derecho Local Nº 12, 2006, España, ps. 7-37.

un derecho, sino un deber.”⁴

Deseo concluir expresando unas palabras para los Coordinadores Académicos de este Ciclo de Conferencias desarrollado en el ámbito de la Secretaría de Extensión dirigida por el Dr. Adolfo Brook, me refiero a los Coordinadores Martín R. Espinoza Molla y Guillermo F. Rizzi. Como bien se ha dicho, el mundo universitario se define a sí mismo por su vocación de ser universal y ese universo y semillero de ideas que es la Universidad, en un clima de libertad de opinión sin fundamentalismos -con el espíritu de rebeldía respecto del cual diría José Ingenieros que emancipa de los imperativos dogmáticos-, de tolerancia y de respeto por quienes piensan distinto, ha sido el clima protagonista en este dinámico ciclo académico en virtud de la extraordinaria labor que efectuaron los Dres. Espinoza Molla y Rizzi, quienes no sólo acreditan aptitudes para la investigación en las Ciencias Jurídicas sino también la de ser excelentes personas.

La Plata, 19 de noviembre de 2017.

Osvaldo Héctor Bezzi

⁴ Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y Exposición Razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Leído los días 20 y 21 de julio de 1789 al comité de constitución; consultar texto en la obra de Carlos Sánchez Viamonte, “Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa”, con prólogo de Mario de la Cueva, ediciones de la Facultad de Derecho U.N.A.M., 1956.

PRESENTACIÓN

“La historia es una inmensa llanura donde alternan a vastos intervalos los desiertos incommensurables con los oasis regeneradores, los laberintos sin salida con los valles de verdor eterno y corrientes de cristal, y la raza humana, viajera sin reposo, no tiene otros guías que los astros, las cumbres, los relámpagos y los incendios pero siempre la luz y las alturas. Por eso los pueblos que se salvan, marchan con la mirada fija en las cimas y el pensamiento en el ideal (...)”

Joaquín V. González

Movilizados por el anhelo de originar un nuevo espacio en nuestra Universidad Nacional de La Plata, que permitiera cultivar de manera continuada las instituciones del Derecho Administrativo en sus más diversos aspectos; y conmovidos por la partida hacia la eternidad del distinguido Profesor Eduardo García de Enterría, nos embarcamos, a fines de 2013, en ese desafío que hemos concebido como el *Primer Ciclo de Conferencias sobre Fundamentos Actuales del Derecho Administrativo, en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Un reconocimiento a esa notable personalidad que entendimos debía perdurar en el tiempo. Y así sucedió.

Aquel nuevo espacio académico de pluralismo y apertura, surgió además como un mandato de nuestra gratitud hacia la Universidad Nacional de La Plata, y especialmente hacia su fundador, el insigne Joaquín V. González, cuya figura ha inspirado cada una de las iniciativas constitutivas del Ciclo de Conferencias.

En virtud de la generosidad de las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de aquella Universidad, que nos confirieron el honor y la responsabilidad de la Coordinación Académica del Ciclo de Conferencias, fue posible la concreción del primer módulo temático, dedicado en dicha oportunidad a diversos aspectos estructurales de las medidas cautelares en las que interviene el Estado, a través de cuatro encuentros

desarrollados entre los meses de noviembre y diciembre de 2013.

Así se inauguraba aquel Ciclo, que a partir de ese momento y de manera ininterrumpida continuó ofreciéndose, dando lugar a una treintena de módulos temáticos, cuatro Seminarios de Actualización en Derecho Administrativo y un primer encuentro intercátedras de Derecho Administrativo, materializados al mes de noviembre de 2017.

Aquellos Seminarios de Actualización en Derecho Administrativo, enmarcados en el Ciclo de Conferencias, resultaron corolario y clausura de cada año de intensa labor, y consistieron cada uno de ellos en una jornada dedicada a los grandes temas de la materia, tales como el dictamen jurídico administrativo (I Seminario), las contrataciones públicas (II Seminario), la ética pública y los sistemas de responsabilidad del estado y del agente público (III Seminario), y la defensa de consumidores y usuarios -perspectivas desde el Derecho Administrativo y el Derecho Civil- (IV Seminario).

Han participado en los Seminarios, titulares de órganos de la administración pública, magistrados y prestigiosos profesores de derecho administrativo, tales como Juan Carlos Cassagne, Agustín Gordillo, Pedro J.J. Coviello, David A. Halperín, Carlos Andreucci, Pablo E. Perrino, Julio Conte-Grand, Ignacio de la Riva, Carlos Botassi, Osvaldo Bezzi, Claudia Milanta, Isaac A. Damsky, Marcelo López Mesa, Estela Sacristán, Gustavo Silva Tamayo, entre otros.

Convencidos de la relevancia de las aportaciones doctrinarias realizadas por cada uno de los expositores que han intervenido en los Seminarios, y de su utilidad como herramientas para la reflexión y la praxis administrativista, hemos advertido la necesidad de que las disertaciones posean algún soporte perdurable; impulsados, además, por las sugerencias de asistentes, colegas, profesores y amigos que deseaban contar con algún testimonio escrito de las mismas.

La importancia de las temáticas abordadas a lo largo del Seminario anterior, los valiosos aportes de los diversos expositores y la utilidad de poseer plasmadas por escrito y compiladas esas notables contribuciones, nos han estimulado para concretar la obra colectiva que ahora presentamos: *Ética pública y sistemas de responsabilidad del estado y del agente público. Derivaciones del III Seminario de Actualización en Derecho Administrativo 2016.*

A través de los capítulos de este volumen, se ha abordado el estudio de la ética pública en sus diversos aspectos, sus contornos generales, su contenido y significación actual como razón de ser del Estado y de su buen funcionamiento, así como su importancia para el respeto y fortalecimiento de los derechos humanos; el buen gobierno, el interés público, la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información; la corrupción en los poderes públicos como una de las contracaras de la ética pública; los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, y el consecuente e imprescindible sistema de responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos.

Agradecemos a Dios, a nuestras familias y a quienes han brindado su trabajo, esfuerzo, apoyo y aliciente, haciendo posible que aquello que comenzara como un proyecto editorial se transformara en una realidad.

Ponemos pues a vuestra consideración esta obra colectiva, con la esperanza que constituya un aporte jurídico valioso para la posteridad, que ayude al menos de inspiración para impulsar al lector a posar su pensamiento en el ideal, a bregar por el imperio del Derecho y, en definitiva, a luchar por una sociedad mejor.

La Plata, noviembre de 2017

Martín R. Espinoza Molla

Guillermo F. Rizzi

ACERCA DE LOS AUTORES

1. Miguel Berri

Profesor adjunto de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Jurídicas y Soc. UNLP); Profesor Titular de Derecho Constitucional II (Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos aires (UNNOBA); Subdirector de la Carrera de postgrado “Especialista en Actividad Jurisdiccional y Administración de Juzgados y Tribunales” (UNLP); Profesor de la Asignatura Derecho Constitucional Procesal II de la Especialización en Derecho Constitucional (UNLP); Profesor del postgrado “Especialización en Abogados del Estado” (UNLP); Director del Instituto de estudios Legislativos Colegio de Abogados de La Plata. (2012-2016).

2. Osvaldo Bezzi

Profesor de posgrado en la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Plata; Asesor consultivo Honorario del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata; Secretario letrado en la Subsecretaría en lo administrativo de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

3. Carlos Botassi

Abogado, Profesor en Ciencias Jurídicas y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo y Director de la “Carrera de Post Grado de Especialización en Derecho Administrativo” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; de la cual ha sido Decano (período 2004-2007); Miembro de la Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo.

4. Ernesto Bustelo

Magister en Derecho Administrativo de la Economía por la Universidad Católica de Cuyo; Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Cuyo y de la

Universidad de Mendoza; Profesor en diversos posgrados, especializaciones, maestrías y doctorados; Autor de numerosos artículos sobre la especialidad y coautor del libro “Código Procesal Administrativo de la Provincia de Mendoza Comentado” junto a Jorge H. Sarmiento García.

5. Julio Conte-Grand

Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; ex Secretario Legal y Técnico de la Provincia de Buenos Aires; ex Procurador General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Profesor Ordinario, de grado y de posgrado de la Pontificia Universidad Católica Argentina; Profesor de grado y posgrado en la Universidad Austral; miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Comparado; Director y Miembro de Consejos de Redacción de publicaciones jurídicas; Autor de trabajos, notas y artículos, y coautor de libros; Ha sido condecorado por Su Santidad Juan Pablo II, con la Orden de San Gregorio Magno.

6. Pedro J.J. Coviello

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”; Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo y Director del Curso de Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de dicha Universidad; Profesor en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado en la especialidad en Abogacía Pública y en la Maestría que allí se dicta; Profesor en las maestrías de Derecho Administrativo y Derecho Empresario de la Universidad Austral; ha dictado cursos de posgrado y conferencias en instituciones académicas de la República Argentina, y en el extranjero; Director de la serie especial Derecho Administrativo de la revista El Derecho, que edita la Universidad Católica Argentina; se desempeñó como juez de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; ha escrito un libro y artículos de su especialidad y de filosofía del Derecho en publicaciones nacionales y extranjeras.

7. Isaac A. Damsky

Profesor Adjunto Regular por Concurso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; Miembro Fundador y Titular de la “Asociación Internacional de Derecho Administrativo” y de la “Asociación de Derecho Público del Mercosur”; Miembro Honorario de las Asociaciones Mexicana y Nicaragüense de Derecho Administrativo y de la Asociación Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo; Miembro Titular del “*European Group of Public Law at European Public Law Organization*” (E.P.L.O.) y de su “*European Law and Governance School*”; Profesor Extranjero Invitado de Derecho Administrativo y del Patrimonio Cultural en Universidades Latinoamericanas y Europeas; Consejero Editorial Internacional de Revistas Jurídicas especializadas de Derecho Público en Colombia, México, Ecuador y de la Red Ius Publicum. (www.isaacaugustodamsky.com)

8. Ignacio de la Riva

Doctor en Derecho y Economía Públicos por la Universidad de Valladolid (España); Magister en Derecho Administrativo, por la Universidad Austral (Buenos Aires); Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina; Profesor Titular de las materias Dominio Público e Intervención Administrativa en la carrera de Especialización en Derecho Administrativo-Económico de la misma Universidad; Profesor invitado en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad de Piura (Perú); Autor del libro *Ayudas públicas (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*, y de numerosos artículos sobre diversos temas de Derecho Administrativo; Ejerce la actividad profesional como socio del Estudio “*Cassagne - Abogados*”.

9. Martín R. Espinoza Molla

Especialista en Derecho Civil (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional de La Plata); Posgraduado en Derecho Público (Universidad San Pablo-CEU de Madrid – España); Profesor de grado en la materia Derecho Administrativo I, Cátedra I, de

la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; Profesor de posgrado en la materia Contratos Administrativos (parte especial) de la Especialización en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata); Secretario del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata; Secretario de Redacción de la Revista de Derecho Administrativo dirigida por el Prof. Juan Carlos Cassagne; Autor de artículos publicados en revistas jurídicas de la especialidad y en obras colectivas; ex Director de Coordinación Legal y Técnica de la Auditoría General de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires; ex Director Judicial de la Subsecretaría Legal y Técnica de la Municipalidad de La Plata; Actualmente, se desempeña como Asesor de Gabinete en la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires.

10. Felipe González Barlatay

Magíster en Derecho Ambiental por la Universidad París 1 Panthéon-Sorbona (en cotitulación con la Universidad París 2 Panthéon-Assas) y Becario del Programa Mundial Master Île-de-France; Magíster en Derecho Administrativo por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Diploma de Honor y Premio a la Mejor Tesina de Dogmática Jurídica de su promoción); ex Director Técnico-Jurídico en la Secretaría General de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires; ex Director General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos y ex como Subsecretario de Asuntos Jurídicos y Planificación en la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como Director Provincial de Asuntos Institucionales de dicho organismo; profesor ayudante en la materia Derecho Administrativo II en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, docente en la Escuela de Abogados de la Administración Pública Provincial (EDABA); ha escrito diversas publicaciones en revistas vinculadas a la especialidad.

11. Agustín Gordillo

Premio "justicia" UCES, 2015. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Magistrado de la Corte Administrativa de la Organización Europea de Derecho Público. Ha

sido Presidente de los Tribunales Administrativos del BID y de la OEA. Fue Magistrado de los Tribunales Administrativos del FMI, ONU y la OIT. Fue también Profesor Asociado de las Universidades de París I y París II; Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de La Plata. Es Profesor Honorario de distintas universidades en Argentina y América Latina. Autor del *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, actualmente en once volúmenes, consulta gratuita en www.gordillo.com

12. David A. Halperín

Profesor Adjunto de Derecho administrativo en la Facultad Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Profesor de distintas materias en varios posgrados de las universidades de Buenos Aires, Austral y Belgrano; ex Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino, donde se desempeñó como Profesor adjunto y luego Profesor Titular de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Profundizado; autor de varios libros sobre la especialidad, con mención y premios de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Federación Interamericana de Abogados; Premio en Jurisprudencia de esa Federación; Autor de más de ciento treinta trabajos de doctrina, notas de jurisprudencia y bibliográficas; Ex Director del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

13. Ana Cristina Logar

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de La Plata); Especialista en integración latinoamericana (Universidad Nacional de La Plata); Profesora titular en la carrera de postgrado de la especialización en derecho administrativo de La Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata; Profesora titular en la carrera de postgrado de la especialización en derecho procesal profundizado de la Universidad Notarial Argentina; Profesora en la carrera de postgrado maestría en derecho procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; Profesora en la carrera de postgrado en derecho de la seguridad social profundizado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ex juez del Juzgado de

primera instancia en lo contencioso administrativo N° 2 del Departamento Judicial La Plata; autora de artículos publicados en revistas especializadas y en obras colectivas.

14. Guillermo F. Rizzi

Especialista en Derecho Administrativo (UNLP); Profesor de grado por concurso de oposición y antecedentes en la materia Derecho Administrativo II, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, cátedra Dr. Carlos Botassi; Profesor adjunto de postgrado en la Especialización de Derecho Administrativo que se dicta en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de La Plata; Autor de varios artículos, ponencias y diversas publicaciones en revistas especializadas de derecho público; Co-autor del libro “Tratado de las Medidas Cautelares”, Ed. Abeledo Perrot 2012, bajo la dirección del doctor Carlos E. Camps; Co-autor del libro “Derecho Administrativo”, Ed. EDULP 2017, bajo la dirección del doctor Carlos Alfredo Botassi, manual de cátedra; Abogado Inspector la Suprema Corte de Justicia Bonaerense; ternado por el Consejo de la Magistratura, para acceder al cargo de Juez en lo Contencioso Administrativo en el Juzgado N° 2 del Departamento Judicial de La Plata.

El tribunal social de responsabilidad política del artículo 3° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Por Miguel Berri

El contexto político de la reforma.

a) El mecanismo nacional.

A partir del denominado Pacto de Olivos celebrado entre Carlos Menem y Raúl Alfonsín⁵, comienza en el país el debate sobre la reforma de la Constitución Nacional cuyo principal objeto para el gobierno era la reelección del Presidente.

Para llegar a este acuerdo se sancionó la ley 24.309, que como bien expresara Carlos Acuña era una combinación en la aplicación de la teoría de los juegos del dilema del prisionero y el juego de la gallina.

El dilema del prisionero por la extrema desconfianza que existía entre los dirigentes de ambos Partidos mayoritarios y el juego de la gallina por la cantidad de presión que generó el Presidente Menem para impulsar este proceso de reforma, captando una gran cantidad de dirigentes radicales, entre ellos Gobernadores pertenecientes a ese Partido, más la posibilidad de efectuar la reforma con dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara -remitiéndose a la reforma de 1949-, e incluso la amenaza a través del diputado Durañona y Vedia de efectuar una Consulta Popular al respecto.

El resultado de esta doble situación fue el Núcleo de Coincidencias Básicas, contenido en la ley de reforma que debía votar la reelección presidencial, junto a un conjunto de modificaciones que, entre otras, pretendía limitar las atribuciones presidenciales, garantizar un efectivo control económico financiero del Estado y asegurar plenamente la independencia del Poder Judicial.

No es el objeto de este trabajo realizar una evaluación de esos objetivos pero creo que sería

⁵ Acuerdo político de efectos jurídicos debido a que uno de los firmantes Carlos Menem lo hizo en su doble calidad de Presidente de la Nación y del Partido Justicialista.

importante, atento el tiempo transcurrido, generar un debate sobre la eficacia de su resultado.

b) El mecanismo en la Provincia de Buenos Aires⁶.

En la Provincia de Buenos Aires la situación fue diferente.

La ley provincial 11.488, que declaraba la necesidad de la reforma, no garantizaba la reelección inmediata del Gobernador en ese momento, Eduardo Duhalde. Y esta diferencia más el resultado de la elección de Convencionales provinciales, agudizó un conflicto respecto de si la reelección debía ser aplicable inmediatamente o esperar un período, ya que claramente esta última posición evitaba la reelección de Duhalde y con ello obstaculizaba su carrera política.

El resultado de las elecciones no alcanzó para garantizar al Partido Justicialista la mitad más uno de los Convencionales y por ende el quórum propio. De 138 Convencionales a elegir, el Partido Justicialista consigue 65 y la oposición 73, por lo que la oposición obtuvo quórum y mayoría propia en la Convención Constituyente, ya que el número 70 era el que garantizaba el control de la misma.

Allí surge el primer conflicto entre los dos grupos, porque la oposición unida sanciona el Reglamento de Funcionamiento del Cuerpo y en el artículo 119 establecía que los proyectos debían ser aprobados por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Cuerpo.

Esta resolución de la Convención hizo que el Partido Justicialista recurriera al Poder Judicial por medio de una acción de amparo, interpuesta ante un juzgado penal, para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 119 por considerarlo violatorio del artículo 16 de la ley 11.488 citada más arriba. Ese reclamo obtiene un resultado favorable en primera instancia en el Juzgado Criminal y Correccional Nro. 6 y ese fallo es confirmado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones. Finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, falla a favor de la postura mayoritaria de la Convención, al considerar que el Poder Judicial no puede actuar

⁶ En el desarrollo de este punto seguimos el trabajo del Licenciado Leandro Lopez, denominado el Tribunal Social de Responsabilidad Política, España. Santiago de Compostela. 2014. III Congreso Internacional en Campañas Políticas y Estrategias de campaña. Asociación Latinoamericana de Investigadores en Campañas Electorales (ALICE) y Universidad de Santiago de Compostela.

sobre las decisiones de la Convención Constituyente. El apoderado del Partido Justicialista apela el mismo ante la Corte federal y el conflicto culmina en forma definitiva cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza la apelación del Partido Justicialista y da por cerrado el tema.

Pero el conflicto se profundiza de manera acentuada a través de la presión ejercida por el Gobernador y su Partido sobre la oposición. A pesar de ello la mayoría mantenía su posición sobre la reelección. Cabe destacar que hubo algún Convencional de la Unión Cívica Radical que pretendió aproximarse a la posición del gobierno, pero fue rápidamente corregido por sus autoridades partidarias. Sorprendentemente el MODIN, una agrupación política liderada por el ex “carapintada” Aldo Rico, cambia de posición y como condición requiere que se convoque a un plebiscito y que se establezca el mentado Tribunal que ahora analizo.

II.- El texto del artículo. Su análisis.

Reza el Artículo 3 que *“En ningún caso y bajo ninguna circunstancia las autoridades provinciales pueden impedir la vigencia de esta Constitución.*

Toda alteración, modificación, supresión o reforma de la presente Constitución dispuesta por un poder no constituido o realizada sin respetar los procedimientos en ella previstos, como así también la arrogación ilegítima de funciones de un poder en desmedro de otro, será nula de nulidad absoluta y los actos que de ellos se deriven quedarán sujetos a revisión ulterior.

Quienes ordenaren, ejecutaren o consintieren actos o hechos para desplazar inconstitucionalmente a las autoridades constituidas regularmente, y aquéllos que ejercieren funciones de responsabilidad o asesoramiento político en cualquiera de los poderes públicos, ya sean nacionales, provinciales o municipales, quedarán inhabilitados a perpetuidad para ejercer cargos o empleos públicos, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que fueren aplicables.

También agravan y lesionan la sustancia del orden constitucional los actos de corrupción. La ley creará el Tribunal Social de Responsabilidad Política que tendrá a su cargo examinar los actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios de los poderes públicos, provinciales y municipales.

A los habitantes de la Provincia les asiste el derecho de no acatar las órdenes o disposiciones

provenientes de los usurpadores de los poderes públicos”.

Es dudosa la fuente directa de esta norma.

En una interpretación razonable conforme la redacción del artículo, el primer párrafo se refiere a las autoridades asumidas en forma regular que luego pretenden ejercer en forma violatoria el poder. La Constitución no puede reconocer carácter de autoridad al poder de facto.

Podemos interpretar que la primera parte del segundo párrafo, se refiere a los gobiernos de facto o poder no constituido, en tanto que la segunda a la legitimidad de ejercicio, dejando bien en claro la sanción de nulidad de los actos dictados por un gobierno de turno en violación de las disposiciones de la Constitución. Se trata de un gobierno con legitimidad de origen pero que ejerce ilegítimamente el poder. Una especie de conflicto de poderes pero referido a la totalidad de la normativa constitucional. Por último la parte final es de difícil interpretación ya que los actos son nulos de nulidad absoluta y los actos derivados de esos actos son susceptibles de revisión. Si los actos originales son nulos de nulidad absoluta los actos derivados también. Dejamos en claro que interpretamos nulidad y nulidad absoluta respecto de actos de aplicación de derecho local. El derecho común se encuentra delegado a la Nación (según art. 75 inc. 12, CN.).

El segundo párrafo también es de difícil interpretación, ya que la inhabilitación es una pena y el derecho penal se encuentra delegado al Estado Federal y resulta una contradicción hablar de sanciones civiles y penales cuando se establece una pena perpetua.

Se entienden las buenas intenciones -aún se comparten-, pero hay que tratar de ceñirse a las competencias establecidas en la Constitución Nacional, puesto que de otro modo incurriríamos en inconsistencias graves, que podrían traer eventuales declaraciones de inconstitucionalidad que pueden poner en peligro la credibilidad del conocimiento sobre el sistema federal por parte de los Constituyentes locales.

Si bien le hemos dedicado unas breves reflexiones a estos dos párrafos, afirmamos la necesidad de hacer un análisis exhaustivo de cada uno, pero ello merecería un artículo especialmente dedicado al tema.

III.- El tribunal social de responsabilidad política.

Llegamos al punto. En su artículo, el Licenciado López⁷, rescata parte del debate constitucional sobre la naturaleza de este Tribunal, que nos puede orientar hacia un juicio meditado que nos lleve a pensar que podemos hacer una interpretación conforme el ordenamiento constitucional. Me refiero a poder compatibilizarlo con la forma de gobierno republicana y representativa, no solo establecida en el artículo 1 de la Constitución provincial, sino exigida por el artículo 5 de la Constitución Federal.

Algunas precisiones sobre el carácter republicano representativo.

Para algunos parece una redundancia hablar de republicano y representativo ya que la República presupone la representación.

Nosotros lo interpretamos como un pleonismo⁸, una forma retórica que da más énfasis a la necesidad de establecer el contenido conceptual. Ello surge de la relación con el Preámbulo, del art. 5, del art. 22, del art. 33, entre otros de la Constitución Nacional. Respecto de la clase de representación nuestro sistema es republicano por lo tanto su representación es política. Me parece sobreabundante citar los artículos de ambas constituciones que se refieren a esta clase de representación en los órganos del Estado: Concejales, Intendentes, Diputados y Senadores nacionales y provinciales, Gobernadores y Presidente.

Hechas estas precisiones vayamos a lo expuesto por alguno de los Convencionales sobre el tema.

Cuando los convencionales del MODIN (Movimiento de Dignidad Nacional) tuvieron que justificar la naturaleza del órgano, su vocero fue el señor Convencional Ferreyra, quien expreso “...que el Tribunal Social de Responsabilidad Política es un tribunal anticorrupción y en cuanto a su naturaleza y funciones que es: “un tribunal que no es especial sino meramente administrativo; no es un tribunal que se arrogue las funciones del Poder Judicial, sino que debe implementar una sanción ética y política rápida para que realmente el quiebre de la democracia no se produzca por descreimiento del pueblo en la clase política, para que el pueblo se dé cuenta de que hay una rápida respuesta del sistema y cuando ese Tribunal Social

⁷ Ver nota 2.

⁸ Conforme el diccionario de la RAE: Empleo en la oración de uno o más vocablos, innecesarios para que tenga sentido completo, pero con los cuales se añade expresividad a lo dicho.

de Responsabilidad Política encuentre pruebas que así lo merezcan sean pasadas –porque así debe hacerse- a la justicia”⁹. El mismo convencional más adelante dijo que el objetivo del tribunal es similar a la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas), pero contra la corrupción.

La respuesta opositora no se hizo esperar. Entre los distintos Convencionales que sostuvieron posturas diferentes en un muy rico debate, rescatamos las expresiones del señor Convencional Pinto, quien expuso que “...Nos parece peligrosa la inclusión de este tribunal en la constitución, ya que no se establece su alcance. Se lo delega a una ley que puede tener cualquier contenido. Al principio no se sabía muy bien si tenía carácter administrativo o judicial pero ahora se habla de un tribunal administrativo. Esto es todavía peor, porque no se establece ninguna circunstancia que garantice su independencia, no se sabe cómo se designaran sus integrantes, como se integra en la Constitución el juzgamiento de los hombres que están sometidos a los jueces. Se dice corrupción, pero no se califica si es un delito o si su calificación deberá provenir del Código Penal. Sin embargo, el Código Penal habla de corrupción de menores. Corresponde al Congreso Nacional, por otra parte, legislar en materia de delito y no al ámbito de la provincia de Buenos Aires. Tampoco se prevé cuáles son las sanciones y no se establece cómo juegan en relación a la intervención del Poder Judicial. No se aclara tampoco cómo juegan los enjuiciamientos políticos previstos en la Constitución para con los funcionarios provinciales y respecto de los municipales. Por otra parte, no habla de sanción y solo dice “examinar”. Que es examinar señor presidente?”¹⁰.

Como vemos, las dudas fueron muy importantes y los planteos de inconstitucionalidad fuertemente sostenidos.

IV.- La interpretación que podría adecuarse a la forma republicana.

Introducción.

El sistema adoptado por nuestra Constitución combina tres principios políticos institucionales que se tensionan entre sí.

a) El liberalismo: Que básicamente sostiene que hay una esfera del individuo en la que el

⁹ Cfr. Honorable Convención Constituyente, diario de sesiones, 6ª sesión del 24 de Agosto de 1996, pág. 1197.

¹⁰ Ibídem. Pág. 1203.

Estado no puede intervenir. Como diría John Rawls¹¹, la posibilidad de elegir revisar y perseguir un plan de vida sin dañar a otro y sin interferencia alguna. Luego de la reforma de 1994 vemos una fuerte penetración de la forma igualitaria de esta filosofía donde, como diría Dworkin¹², el Estado debe atender a las circunstancias de las personas y desatender a las elecciones.

b) La forma republicana: Que pretende un ciudadano virtuoso preocupado por el bien público, que se interesa y participa. Ello se garantiza por el principio de representación, publicidad de los actos de gobierno, periodicidad de los mandatos y separación de poderes.

c) Democracia: Si bien la democracia coincide con la versión republicana del ciudadano público se diferencia de ella por el gobierno directo del pueblo -Atenas-, de esta triple combinación surgió la Constitución de los Estados Unidos de América que fue el principal modelo de la nuestra¹³.

Definidos de manera elemental estos tres conceptos vayamos a la presentación de este ¿Tribunal? hecha por el convencional Ferreyra.

Se manifestó como un tribunal administrativo, si así es debió haber estado en el ámbito del Poder Ejecutivo, pensemos que esto fue un error técnico.

En principio esta posición facilitaría la interpretación conforme la Constitución.

Sin embargo surge un problema y es la denominación social del tribunal.

Qué significa en este caso social. Se quiso comparar con la CONADEP, pero ella no era un tribunal sino una comisión designada por el Poder Ejecutivo para colaborar con el Poder Judicial y el Ministerio Público, en la investigación de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura. Esto es, los actos del pasado no del futuro. La CONADEP agotaba su función en esa investigación dentro de un plazo.

En el caso del órgano en análisis se trata de un organismo permanente que se encarga de *“examinar los actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios de los poderes públicos, provinciales y municipales.”*

La comparación es entonces inconsistente.

¹¹ Teoría de la justicia. John Rawls; trad. de María Dolores González—2ª ed. - - México: FCE, 1995.

¹² Los derechos en serio. Ronald Dworkin, 1984. Editorial ARIEL.

¹³ Ver El Federalista. Madison, Hamilton y Jay n° 10, 14, 40, 51, 78, entre otros.

Volvemos sobre la integración. El calificativo “social” nos remite a la denominada “democracia orgánica”, impulsada por Primo de Rivera y Franco en España, en relación a la representación corporativa y de las fuerzas vivas. Aclaremos que este sistema no tiene nada de orgánico y menos de democrático ya que los representantes los elige el líder que es quien organiza las corporaciones y fuerzas vivas¹⁴.

Terminado el problema de integración tenemos que analizar la competencia, porque se señala para “...actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios”. Cuando se refiere a funcionarios suponemos que se trata de aquellos agentes pertenecientes a la planta sin estabilidad y a los agentes que se encuentran sometidos al régimen estatutario de empleo público. Pero los actos de corrupción son delitos o faltas, este es otro tema que debería clarificarse.

Lo cierto es que es muy difícil compatibilizar una institución que pertenece a un sistema político diferente del nuestro con lo dispuesto en la Constitución.

V.- Las soluciones intentadas.-

a) Los proyectos para poner en funcionamiento este Tribunal.

Han existido muchos proyectos para poner en funcionamiento este Tribunal, se pueden enumerar, por cada Cámara, los siguientes: El listado de expedientes ingresados en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires

1°) D-2254/95-96: Ermido; María José. (MODIN).

2°) D-184/96-97: Lugones Luis (PJ)

3°) D-280/96-97: Oliver Guillermo (FREPASO).

4°) D-3964/98-99: Oliver Guillermo (FREPASO).

5°) D892/00-01: Oliver Guillermo (FREPASO).

6°) D-1297/00-01: Espada Mario (UCR).

7°) D-891/02-03: Cure Mirtha (PJ).

8°) D-373/04-05: Cure Mirtha (PJ). Reproducción del D-891/02-03.

9°) D-2010/06-07: Feliu Marcelo (FPV).

¹⁴ Concepto corporativo fascista similar al sostenido por Giovanni Gentile en *Origini e dottrina del fascismo* (1929) puede encontrarse en <http://www.geocities.ws/fransavari/GENTILE.Origini.pdf>

10°) D-169/09-10: Feliu Marcelo (FPV), reproducción del D-2010/06-07.

11°) D-1931/11-12: Feliu Marcelo (FPV), reproducción del D-169/09-10.

12°) D-3029/11-12: Nivio Carlos (GEN-PS).

13°) D-2646/13-14: Ratto Maria del Huerto (Frente Renovador)

Y en el Senado de la Provincia se introdujeron los siguientes proyectos con el objeto de la institucionalización efectiva del TSRP.

1°) E-12/96-97: Ballestrini Alberto (PJ).

2°) E-280/96-97: Rizzi Ezequiel (UCR).

3°) E-7/97-98: Fernández Aníbal (PJ).

4°) E-181/97-98: Genoud Luis (PJ).

5°) E-343/00-01: Genoud Luis (PJ).

6°) E-260/01-02: Filomeno Alejandro (FREPASO).

7°) E-222/08-09: Mazza, Alberto. (FPV).

8°) E-162/10-11: Mosse Carlos. (FPV)

9°) E-416/10-11: Reverberi Gerardo (CC-ARI).

10°) E-255/12-13: Ruesga Jorge (FPV)

No es objeto de este artículo el análisis particular de los mismos, pero podemos decir que existen muchas diferencias en algunos y similitudes con otros. Lo cierto es que el problema del texto Constitucional genera un grave escollo en su reglamentación legislativa.

b) El artículo 3 y su posible (in)compatibilidad constitucional.

En una primera lectura el texto analizado aparece como totalmente incompatible con la Constitución.

Un tribunal no judicial, social, que actúa en ámbitos no definidos y sobre conceptos jurídicos indeterminados, es por lo menos difícil de justificar.

El Jury de Enjuiciamiento, el Fiscal de Estado, por medio de la vista fiscal y su presentación como particular damnificado en los procesos penales en los que se encuentra lesionado el patrimonio de la Provincia, el Juicio de Cuentas y de Responsabilidad que efectúa el Honorable Tribunal de Cuentas, la actuación del Ministerio Público, el Poder Judicial, el Defensor del Pueblo y otros instrumentos como los sumarios administrativos. Todas estas

Instituciones y procedimientos, sumados a la composición de un “Tribunal Social de Responsabilidad Política”, nos hace pensar que no solo es inconstitucional sino innecesario.

En realidad, podría sancionarse una ley de ética de la Provincia de Buenos Aires que tipifique ciertas faltas a los deberes de transparencia y fin público de los agentes y funcionarios de la Administración Pública. Que al mismo resulta imposible con relación al Poder Judicial y en el caso del Poder Legislativo quizás este podría adherir, y que este “Tribunal” aplique entonces sanciones desde multas, o descuentos salariales, hasta la exoneración y/o en caso de tratarse de funcionarios de la planta política sin estabilidad, la sanción en este caso debería ser equiparable en sus efectos a los casos en los que se aplican aquellas sanciones.

El problema es la responsabilidad política, que es al mismo tiempo la competencia que establece la Constitución, porque para este caso solo se podría establecer la publicación de la resolución de este órgano una vez que adquiera carácter definitivo, puesto ya que al tratarse de un tribunal administrativo sus resoluciones son apelables ante el Poder Judicial para una revisión amplia y suficiente, conforme la indiscutida doctrina que surge del ya famoso caso “Fernández Arias” y completada por el no menos conocido caso “Ángel Estrada”.

VI.- Conclusión.

Adelanto, como imaginará el lector que, desde mi punto de vista, este Tribunal es contrario a los principios constitucionales de representación política y separación de poderes.

Sus pretendidas funciones se llevan a cabo hoy por el Jury de Enjuiciamiento, por el Poder Judicial, por el Fiscal de Estado, o por el Honorable Tribunal de Cuentas. Por el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, y los órganos encargados, en cada uno de los Poderes del Estado, de la responsabilidad administrativa por la conducta de sus agentes.

Respecto de la responsabilidad política en nuestro sistema se es responsable ante el Pueblo, que ratifica su confianza o se la quita a sus representantes, a través del voto.

La responsabilidad penal, civil y de otra naturaleza es competencia de los Jueces.

La forma de su integración constituye adicionalmente un problema, ya que, como dijimos ut-supra, se relaciona más con la autodenominada “democracia orgánica” que se opone a la democracia política.

El concepto de la democracia orgánica a su vez se identifica con los movimientos totalitarios de la primera mitad del siglo XX y en su forma española se expresaba de la siguiente manera: “Un Estado verdadero, como el que quiere Falange Española, no estará asentado sobre la falsedad de los partidos políticos, ni sobre el Parlamento que ellos engendran”. Estará asentado sobre las auténticas realidades vitales: La familia; El municipio; El gremio o sindicato.

Así el nuevo Estado habrá de reconocer la integridad de la familia como unidad social; la autonomía del municipio como unidad territorial, y el sindicato, el gremio, la corporación, como bases auténticas de la organización total del Estado.¹⁵”

Me permito una última reflexión. Sé de las ideas de Aldo Rico y de su asonada contra el sistema democrático, en rebelión debido al juzgamiento por los Jueces -a través del respeto irrestricto del debido proceso- de los delitos de lesa humanidad, que hoy han sido ratificados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sé también de sus frases tales como que “...la duda es la jactancia de los intelectuales” y sé de su posición crítica hacia la política en general, lo que lo ubicó en la oposición a la reelección del Gobernador. Lo que no tengo en claro es por que cambió su voto, pero supongo que este Tribunal en análisis fue una especie de excusa para justificarlo.

¹⁵ Puntos Iniciales de Falange Española. Punto Nº 5. La cita puede encontrarse en: <http://historiademorganica.blogspot.com.ar/2013/03/jose-antonio-y-los-falangistas.html>

DEMOCRACIA, CORRUPCIÓN Y CONTROL

Por Osvaldo Héctor Bezzi

I. Consideraciones generales sobre el Derecho Público democrático, la corrupción y el control.

El mal uso o el abuso del poder público para beneficio personal o privado se ha manifestado como una excrecencia dañina e inesperada de la democracia¹⁶, resultando un hecho notorio –nada más objetivo que los hechos– que, en forma paralela al desempeño de los cargos públicos, los titulares de los órganos experimentan un notable incremento patrimonial¹⁷. Cuando la corrupción pública aparece como institucionalizada (cleptocracia, nepotismo, clientelismo político y el peculado) consideramos oportuno recordar las grandes ideas contenidas en las declaraciones que efectuaron los constituyentes de la gran Revolución Francesa de 1789, en la exposición “De los derechos del hombre y del ciudadano”. Leído los días 20 y 21 de julio de 1789 al comité de constitución, por él Sr. Abate Sieyès: “El mandatario público, cualquiera sea su puesto, no ejerce un poder que le pertenezca como propio; es el poder de todos; le ha sido solamente confiado; no podría serle enajenado, pues la voluntad es inalienable, los pueblos son inalienables; el derecho de pensar, querer y obrar por sí es inalienable; solamente puede encargarse su ejercicio a los que gozan de nuestra confianza; y esta confianza tiene por carácter esencial el ser libre. Es pues, grave error creer que una función pública pueda jamás llegar a ser la propiedad de un hombre; es un grave error tomar el ejercicio de un poder público por un derecho; es un deber. Los funcionarios de la nación no tienen sino más deberes que los otros ciudadanos; y debe entenderse bien que, al enunciar

¹⁶ Así se ha expresado Eduardo García de Enterría en su obra *“Democracia, Jueces y Control de la Administración”*, Ed. Civitas S.A., 1994, ver especialmente ps. 64 y ss.; el notable maestro español ha sostenido que la financiación de los partidos políticos y de sus campañas electorales frecuentemente resulta ser el origen de prácticas corruptas “...las cuales se extienden inmediatamente hacia posiciones individuales”, ob. cit. p. 75.

¹⁷ Ver el valioso estudio de Carlos Botassi “Ética, Administración Pública y Corrupción” en la obra colectiva *Administración Pública y Corrupción*, Editorial Scotti-Zavallá, 2017, C.A.B.A., ps. 61 y ss., dirigida por Marcelo Lamoglia y Nicolás Rodríguez García. El libro del periodista Dr. Hugo Alconada Mon *“La Piñata”*, 4ta. Edic., Bs. As., Planeta, 2015, responde al uso de técnicas correctas de periodismo de investigación, el cual de acuerdo con las conclusiones del Informe Nolan (Gran Bretaña) constituye un instrumento indispensable para reforzar la democracia.

esta verdad, estamos lejos de despreciar la condición de hombre público. La idea de un gran deber a cumplir, y por lo tanto, de una gran utilidad para los otros, es lo que origina y justifica las consideraciones y el respeto que tenemos hacia los hombres que desempeñan cargos. Ninguno de estos sentimientos surgiría en almas libres, respecto de aquellos que no se caracterizan más que por sus derechos, es decir, que no despertaran en nosotros más que la idea de su interés particular.”. Y en el resumen en forma de proyecto que se presenta se establece en el artículo 30: “Una función pública no puede nunca llegar a ser propiedad de quien la ejerce; su ejercicio no es un derecho, sino un deber.” Y por el 31 se consagra que los funcionarios públicos, en todas las clases de poder son responsables de sus prevaricaciones y de su conducta.¹⁸

Surge claramente que las potestades administrativas se ejercen en beneficio de la comunidad, por ello tienen carácter fiduciario, y el cargo y la función no constituyen un derecho y menos propiedad del funcionario.

A su vez la emblemática Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789 que ha sido el título fundacional del nuevo Derecho Público de Occidente, contempló en su artículo 14 la legalización del impuesto y del gasto, la idea de un presupuesto anual asignando el gasto de los recursos a necesidades públicas, y el derecho del ciudadano de seguir su recto empleo; en tanto que en el artículo 15 de la histórica declaración consagra: “La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración¹⁹”.

¹⁸ Ver los “Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y Exposición Razonada de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Leído los días 20 y 21 de julio de 1789, al comité de constitución por el Sr. Abate Sieyès en la obra de Carlos Sánchez Viamonte, *“Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa”*, con prólogo de Mario de la Cueva, Ediciones de la Facultad de Derecho U.N.A.M., 1956. En dicho libro se documentan los discursos y proyectos sobre declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Asamblea Nacional Francesa de 1789.

¹⁹ Eduardo García de Enterría en *“La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa”*. Ed. Alianza Universidad, Año 1994, ps. 175/181.

Estos trascendentales principios se corresponden con la consagración del “reino de la ley” desplazando el sistema absolutista que tenía como eje la superioridad de la posición del Rey, en cuanto vicario de Dios sobre la tierra, la propiedad del poder y la arbitrariedad como forma de ejercicio de la función. Con la legalización general del ejercicio del poder, mediante la asignación de competencias por la ley “Por vez primera en la historia humana, todo el poder del aparato se objetiviza...”²⁰, es un instrumento directamente lanzado contra una de las características del régimen absolutista, prescindir de las formas o la arbitrariedad²¹.

El Derecho Administrativo y el desarrollo de su ciencia surge con la legalización general del poder “...es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del reino de la ley”²². Como ha expresado Eduardo García de Enterría: “Nada, por tanto más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen electivo de los gobernantes

²⁰ Eduardo García de Enterría en *“La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa”*. Ed. Alianza Universidad, Año 1994, pág. 109.

²¹ Sostiene Fernando Garrido Falla: “El Estado de Derecho es una construcción jurídica posible una vez que se consagraron los principios políticos inspiradores de la Revolución Francesa”, y que la consagración del legalismo formal no es sino la reacción contra una de las notas que más rigurosamente perfilaban la etapa del Estado Absoluto de Policía: su arbitrariedad; en Garrido Falla, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, 10ma. Edición. Madrid, Tecnos, 1987, págs. 70-71.

²² Eduardo García de Enterría en *“La lengua de los derechos...”* ob. cit., ps. 181 y sgs.; del mismo autor *“Democracia, Jueces y Control de la Administración”*, Ed. Civitas S.A., 1994, especialmente pág. 32. Así ha considerado Ernst Forsthoff: “Los supuestos esenciales para el desarrollo de una ciencia del Derecho administrativo fueron creadas, sin embargo, con el establecimiento del Estado de Derecho burgués. La división de poderes y el principio de la Administración según la ley, no sólo delimitaron a ésta del poder legislativo y del poder judicial, sino que establecieron límites fijos a su actividad en relación con los derechos individuales. Las funciones estatales quedaron así situadas en una conexión sistemático-jurídica, dentro de la cual la Administración tenía un lugar preciso”, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958. Traducción de los profesores Legaz Lacambra, Garrido Falla y el señor Gómez de Ortega y Junge, pág. 73.

les dispense de control o les legitime ante los ciudadanos frente a cualquier reclamo o exigencia de justificación que éstos puedan judicialmente pedirles”²³. Ningún régimen autoritario favorece el control independiente. Como ha dicho García de Enterría, las concepciones totalitarias consideran a la legalidad y a los derechos de los ciudadanos como un obstáculo a su omnipotencia. No es la cantidad de funciones lo que hace a un Estado totalitario sino la ausencia de controles independientes (Nieto); y en tal sentido Hans Kelsen ha expresado “La democracia sin control no puede durar”²⁴.

Los partidos políticos, eje del sistema pluralista democrático, quiebran la confianza de los electores cuando la democracia es afectada en su médula con el mal uso o abuso del poder público para beneficio personal o privado²⁵.

El derecho administrativo alcanza sus máximas conquistas en el control de la legalidad y juridicidad del obrar administrativo cuando se afianzan los principios democráticos expresivos de una cultura antifascista²⁶, de tolerancia y respeto a las minorías y

²³ Eduardo García de Enterría en *“Democracia, Jueces y Control de la Administración”*, Ob. cit., pág. 54 y sgs

²⁴ Ver la obra de Eduardo García de Enterría *Democracia, Jueces y Control de la Administración* ob.cit., ps. 32, 45 y ss.; quien destaca las ideas políticas de Kelsen, jurista que tras el triunfo nazi emigró a Ee. Uu.. Con respecto a la independencia judicial se examina el caso argentino con rigor en el estudio de Carlos Gonzalo F. Fuentes *“Principios internacionales que consagran el derecho humano de acceso a una justicia independiente. Análisis del tema en Argentina”*, en Revista de Estudios de la Justicia, Nº 25, Año 2016.

²⁵ Como ha dicho Augusto Mario Morello resulta necesario “...armar una imparable valla defensiva tanto de las simples corruptelas cuanto de los más graves delitos contra el Estado, que conlleven enriquecimiento, porque ellos afectan, en la médula, el sistema democrático (art. 36, Const. Nac. reformada en 1994)”; en Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 23 de abril de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

²⁶ Estefanía, Joaquín: *“El muro cayó hacia los dos lados”*, Introducción a la obra del pensador Norberto Bobbio: *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Trad. Alessandra Picone, Madrid, Taurus, 2014, pág. 11.

aquéllos que se corresponden con el tipo estructural del Estado de Derecho²⁷.

II.- Control de legalidad y juridicidad sobre los actos administrativos. El desvío de poder y la simulación como vicios que constituyen formas habituales de actos de corrupción

Como bien se ha dicho, desde la perspectiva de la teoría político–constitucional el control alude a la idea de limitación del poder evitando abusos, de acuerdo con «el delicado equilibrio de poderes» que caracteriza al Estado de Derecho²⁸. En el derecho administrativo ocupa un lugar central el control de legalidad²⁹ y juridicidad que tiene como objeto verificar la regularidad de los actos administrativos. En tal orden de ideas surge que mediante la institución del acto administrativo y su ajuste al ordenamiento jurídico se propicia el control de gran parte del obrar o del ejercicio de la función administrativa³⁰. El método estructuralista mediante el cual el objeto -el acto administrativo- se descompone en partes – elementos-, y en paralelo los vicios que pueden afectar a esos requisitos; y el método de ponderación de intereses, método preponderantemente empírico que analiza las circunstancias del caso, constituyen aportes significativos en la individualización y calificación

²⁷ El derecho administrativo es un Derecho relativo a ese tipo de Estado que se conoce como “Estado de Derecho”; así se ha afirmado por Fernando Garrido Falla en su obra *“Las transformaciones del régimen administrativo”*, Madrid, 1954, Instituto de Estudios Políticos, p. 19.

²⁸ Ximena Lazo Vitoria, *“El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el derecho administrativo”*, con prólogo de Jesús Legina Villa, Ed. Tecnos, capítulos I y II.

²⁹ Según la perspectiva el control podrá ser de legalidad, oportunidad, eficacia y eficiencia, contable o financiero, etc.; y según el momento: previo, concomitante a la actuación administrativa, y a posteriori.

³⁰ Como ha destacado Alejandro Nieto la teoría del acto administrativo es fruto de la recepción del método conceptual, aplicándose a las distintas materias administrativas el régimen jurídico del acto abstracto (procedimiento de elaboración, elementos, vicios, etc.), y de tal forma se ejerce no solo el dominio intelectual del Derecho positivo sino su capacidad integradora; no obstante ello advierte que el método conceptual puede resultar poco fiable y peligroso en cuanto da por descontado que lo abstracto incluye lo concreto. Ver la obra *“Las limitaciones del conocimiento jurídico. Comentarios Agustín Gordillo”*, 2003, Ed. Trotta S.A., Madrid, p. 23.

de los vicios con sus tipos de invalidez³¹.

Es dable expresar que el principio de legalidad constituye el eje de las instituciones del derecho administrativo. El famoso y emblemático recurso –d’excés de `pouvoir- ha tenido su origen en los reclamos o denuncias de los ciudadanos ante el propio gobierno en defensa de la legalidad³², escudriñándose los móviles más íntimos del acto administrativo³³ y construyendo así el Consejo de Estado la famosa teoría de la desviación de

³¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *“La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la eficacia en el derecho público”*. Instituto de Estudios Administrativos, 1ª Edición, Julio de 1972; en esta obra se pone en jaque la dogmática tradicional sobre el acto administrativo. García Luengo, Javier, en *“La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, Cap. II, ps. 89 y ss. Forsthoft, Ernst, en *“Tratado de derecho administrativo”*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958. El jurista alemán ha considerado: “Ante la penetrante crítica del método teleológico, han resultado vanos todos los intentos de llegar a un sistema de tipos de defectos y a una imputación lógicamente concluyente de determinadas consecuencias de los defectos a determinados tipos de los mismos, ya recurriendo sistemáticamente al Derecho civil o a los supuestos psicológicos del obrar administrativo. Sin embargo, la adhesión de principio al método teleológico no obliga a renunciar al aparato categorial nacido para resolver el problema del acto estatal defectuoso y a aferrarse a una casuística de casos particulares.”, ob. cit., p. 309. Ver también el desarrollo de la teoría de las nulidades efectuada por Agustín Gordillo en *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 3, Prólogo de Jorge A. Sáenz, 9ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, especialmente capítulo XI, ps. 39/43. Bartolomé Fiorini adhirió al método teleológico habiendo considerado que el mismo supera al método que se limita a destacar el vicio circunscripto a los elementos del acto: “...ante que nulidades automáticas, son necesarios juicios de nulidad. En esto es donde más se libra la batalla contra el ciego formalismo logicista de muchos juristas que, sin quererlos remedan la resurrección del positivismo normativo, al no considerar la sustancia de los valores que contiene el sentido o fines de las normas y su realización dentro de un orden jurídico.”, en *“Derecho Administrativo”*, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, 1976, Buenos Aires, ps.466/467.

³² Eduardo García de Enterría, *“La lengua de los derechos”*, ob.cit., p.. 183 y en *“Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿un cambio de paradigma?”*, ps. 46/47.

³³ Ver Garrido Falla, Fernando, *“Tratado de derecho administrativo”*, ob. cit. p. 434 y nota 73, con cita de Alibert, autor que consideró que la teoría de desviación de poder es la defensa de la moralidad administrativa. La trascendencia de la moral en la actuación administrativa se vio reflejada en la tesis de la “moralidad administrativa”, que Maurice Hauriou postuló para fundamentar la naturaleza jurídica de la desviación del poder, habiendo entendido que un simple criterio de legalidad no sería suficiente para lograr la fiscalización del

poder, creación trascendental, un hito luminoso en la lucha por la progresiva juridización del obrar administrativo³⁴.

Valiosos estudios (María Jeanneret de Pérez Cortés, Alejandro Pérez Hualde)³⁵, han sostenido y fundado como la desviación de poder constituye habitualmente una forma de corrupción; en tal sentido la primera autora citada afirma que la corrupción pública constituye una gravísima desviación de poder, el uso del poder con la finalidad de obtener un provecho o beneficio económico o de otra naturaleza para satisfacer intereses particulares, y por su parte Pérez Hualde ha destacado que los campos de la corrupción no se agotan en la desviación de poder, pero todos los actos de desviación de poder se comprenden dentro de su territorio.

Cabe resaltar que la desviación de poder trasunta un contenido o elemento subjetivo intencional y una de sus formas más graves puede representarse cuando existe una verdadera apropiación de la organización y de sus instrumentos para obtener un beneficio económico, como entendió García de Enterría, una usurpación de poderes administrativos

poder administrativo concretado en el dictado de un acto. Cabe agregar que Miguel S. Marienhoff había considerado como un elemento esencial y autónomo del acto a la moralidad. En general en la doctrina ha predominado el criterio de que dicho requisito debe comprenderse en los principios que se aplican al objeto y en el análisis de la finalidad; ver Marienhoff, Miguel S. *“Tratado de derecho administrativo”*, T. II, 1975, Abeledo-Perrot, ps. 345 y 543.

³⁴ Rafael Bielsa ha destacado en toda su obra la importancia del recurso francés por exceso de poder; en tal sentido puede consultarse *“Estudios de derecho público. I, Derecho Administrativo”*, Ed. Depalma, 1950, Bs. As., ps. 351 y ss.

³⁵ Jeanneret de Pérez Cortés, María *“Función Pública, Ética Pública y Corrupción”*; *“La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder”*, publicado en la obra colectiva *Acto Administrativo y Reglamento*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento, 30-31 de mayo y 1º de junio del año 2001, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Bs. As., 2002, ps. 93 y ss.; Alejandro Pérez Hualde, *“Desviación de poder como sistema y un instrumento necesario: las lealtades personales”*, publicado en Suplemento de Derecho Administrativo, 2013-I, 2013-B-660; Tawil, Guido Santiago, *“La desviación de Poder: ¿noción en crisis?”*, publicado en Rev. L.L., 1989-E, 931; Cit. On-Line: Ar/Doc/11828/2001; Barraza, Javier Indalecio: *“Finalidad del acto administrativo y la desviación de poder”*, publicado en Rev. L.L., 2012-B, 1053, Cit. On-Line: Ar/Doc/822/2012. Sobre el desvío de poder la bibliografía es prácticamente inabarcable, tanto en el extranjero como en Argentina; en este estudio sólo se citan los trabajos que tienen una expresa consideración con los actos de corrupción.

indigna de toda protección. Ciertamente, respecto de la prueba o justificación de la existencia de este vicio puede desprenderse en forma indirecta, a través de indicios racionales, por meros razonamientos lógicos frente a los hechos ocurridos³⁶.

Una consideración independiente merece la figura de la simulación³⁷, la que se configura cuando se encubre u oculta la naturaleza jurídica real de un acto o se manifiestan cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas. Dicha situación constituye, por cierto, un hecho gravísimo, inadmisibles en un Estado de Derecho en el que el principio de la legalidad administrativa representa uno de sus elementos fundantes. Ciertamente, en un sentido estricto, dicho acto no se encuentra viciado en su voluntad, ya que ha sido emitido con discernimiento, intención y libertad. En la doctrina nacional Agustín A. Gordillo se ha anticipado, en cierto sentido, en la descripción de hechos demostrativos de casos de simulación que representan formas de corrupción, y ha sostenido: *“La simulación puede en un extremo llegar al delito y acompañar otros vicios: sobre la base de facturas por prestaciones no realizadas, reconocer deudas o efectuar pagos que a su vez son simulados pues se comparten entre el funcionario y quien figura cobrando. El financiamiento político conoce algunas de estas estratagemas que de tanto en tanto salen a la opinión pública: Hacer documentación falsa y sobre esa base reconocer gastos, erogaciones, reintegros aduaneros o cambiarios, etc. Muchas veces existen dudas sobre la realidad de la documentación y ante la posibilidad de que se trate de una operación inexistente, se prefiere denegar el pago donde antes se realizaba. La cuestión llega así a los estrados judiciales para dilucidar los hechos.”*³⁸.

³⁶ En tal sentido, Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº II, ob. cit., p. 538 y en Clavero Arévalo, Manuel, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Editorial Civitas SA., con presentación de Pedro Escribano Collado, Madrid, 1992, ps. 160/163.

³⁷ De conformidad con el artículo 333 del Código Civil y Comercial de la Nación, se la caracteriza de la siguiente manera: *La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.”*.

³⁸ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, ob. cit., Capítulo IX-60. El Decreto Ley Nacional contempla la simulación absoluta como un vicio del acto administrativo, a la cual, considerándola como un vicio autónomo de los actos jurídicos, la doctrina ha sostenido que en forma alguna puede tener valor de

Otro supuesto de simulación puede encontrarse en los casos de antedatación de la fecha inserta en los actos administrativos; dicha situación puede carecer de significación o bien constituir una irregularidad muy grave, como es en el caso en el que se invoque como fundamento normativo para dictar un acto una legislación derogada y sea notificado el mismo – de manera hipotéticamente tardía –; como expresa Agustín A. Gordillo, hay incompetencia por razón del tiempo y además, desvío de poder³⁹.

acto administrativo la determinación volitiva disimulada (ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Volumen I, Traducción de la 3ra. edición italiana, Ed. Bosch, Barcelona, Tº I, 1970, página 321); resultan de interés las consideraciones efectuadas por Gustavo E. SILVA TAMAYO, en su estudio “*El Sistema de Control Interno de la Ley 24.156 (¿Realmente Eficiente y Eficaz o Tan Sólo Simulado e Imperfecto?)*”, publicado en la Revista Jurídica El Derecho, Serie Especial, 2005, Buenos Aires, páginas 510 y ss., en donde aborda las nociones de ley imperfecta y ley simulada; por su parte, Agustín GORDILLO considera un poco extrema la aceptación formal de la simulación lícita en derecho público: “*Más bien pareciera que la simulación, lo mismo que la inmoralidad y la violencia o intimidación debiera ser sancionada como regla con la nulidad del acto. La simulación puede en un extremo llegar al delito y acompañar otros vicios: sobre la base de facturas por prestaciones no realizadas, reconocer deudas o efectuar pagos que a su vez son simulados pues se comparten entre el funcionario y quien figura cobrando.*”, en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, Capítulo III-59/60; cfr. la posición de Juan Carlos CASSAGNE en *El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, Editorial La Ley, 2012, página 319; El Decreto Ley Nacional ha seguido la construcción de Miguel S. MARIENHOFF, distinguiendo la simulación absoluta de la relativa, las cuales acarrearán distintas consecuencias respecto del grado de invalidez, en MARIENHOFF, Miguel S., Tomo II, ob. cit., página 513; como expresa Julio R. COMADIRA: “*El interés público que tiene que presidir siempre el accionar administrativo, y la moralidad que en aquél se debe considerar ínsita, impiden aceptar la validez de actos simulados, sin perjuicio de la diversa gravedad que se pueda asignar a la invalidez.*”, en COMADIRA, Julio R., con MONTI, Laura, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tº I, La Ley S.A., 2002, página 95. Confrontar con FERRARA, Francesco, en su obra *La Simulación de los Negocios Jurídicos, Traducción de la Quinta Edición Italiana* por Rafael ATARD y Juan A. DE LA PUENTE, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926, jurista que ha considerado no posible la simulación en los actos de potestad del Estado: “*...porque la intención de engañar, de producir una apariencia, repugna y es incompatible con el desarrollo de la actividad del poder público [...] y sería absurdo que el funcionamiento del poder social se degradase hasta producir una colusión vulgar. No se trata aquí de que la simulación no sea presumible, sino de su imposibilidad dada la naturaleza pública de tales actos.*”, ob. cit., página 123.

³⁹ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, ob. cit., Capítulo IX-61/62.

III. La Institución del procedimiento administrativo previo: Antecedentes, su función como instrumento de control. La legislación de emergencia y el nuevo régimen de contrataciones de la provincia de Buenos Aires ponen en jaque la intervención sucesiva de los Organismos de asesoramiento y control como forma idónea de un control previo

En nuestro país, el procedimiento administrativo es el cauce legal obligatorio de producción de actos, motivo por el cual está destinado a cumplir una finalidad institucional de gran relevancia: la recta aplicación de la legalidad y juridicidad por parte del poder público.

Los estudios clásicos han enunciado una doble finalidad del procedimiento administrativo: garantía jurídica de los derechos de las personas, así como del acierto y eficaz satisfacción de los intereses colectivos⁴⁰. Por su parte, Juan Carlos Cassagne considera que constituye un instrumento de control⁴¹.

Esta institución se presenta como una forma de racionalizar el ejercicio del poder. El acto administrativo es el resultado de la actuación de una pluralidad de órganos, que aportan juicios, valoraciones; conformando la “voluntad administrativa”, que como expresara Massimo Severo Giannini, no es un dato natural o psicológico, es normalmente procedimental⁴²

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 8va ed., volumen II, Madrid, Civitas, pág. 383; González Pérez, Jesús: *Procedimiento administrativo municipal*, Madrid, Abella, 1978, págs. 63-64, y Ocaña, Luis Morell: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Aranzadi, págs. 213 y ss.

⁴¹ Cassagne, Juan Carlos: *Derecho Administrativo*, Tomo II, 5ta ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, págs. 303 y ss., donde afirma “El procedimiento administrativo constituye de ese modo, aun en los supuestos del mero procedimiento de formación de los actos administrativos que no implican la sustanciación de recursos, un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación al interés público o bien común que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia)”.

⁴² Giannini, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*, volumen secondo, Milán, Dott. A. Giuffré Editore, 1988, pág. 677.

Actualmente, cuadra considerar que las leyes de procedimiento deben receptar “(...) el principio de participación democrática en relación con la formación de los actos administrativos”⁴³. En este orden de ideas, es dable destacar que en el derecho administrativo de la comunidad europea se le asigna gran importancia a la participación de la opinión pública. “(...) (S)e intenta conseguir que al procedimiento se incorpore, en una fase temprana la mayor cantidad de información posible y las alegaciones de los interesados, y, por otro se trata de utilizar a la opinión pública como forma de control de la acción administrativa”⁴⁴; “El procedimiento actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata más bien, de condicionar a priori el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la Administración prepare con cuidado sus decisiones”⁴⁵.

En este orden de ideas, cabe pensar con Agustín Gordillo que la circunstancia de que los derechos de incidencia colectiva estén receptados en el ordenamiento constitucional “(...) hace que no se los pueda ignorar”, y que constituye un error de política administrativa no adoptar mecanismos de participación social, trasladando al ámbito del poder judicial hechos consumados⁴⁶.

⁴³ Schmidt-Assmann, Eberhard: *“El procedimiento administrativo, Entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático”*, en Barnes Vazquez, Javier (coord.): *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, con prólogo de Pedro Escribano Collado, Madrid, Civitas, Madrid, 1993, págs. 317 y ss. Ello no significa necesariamente “desempolvar” la vieja teoría del acto administrativo bilateral de Walter Jellinek, expuesta en 1925 en una publicación en honor del Tribunal Supremo Administrativo de Prusia), pero sí cabe considerar que en aquellas materias y sectores del ordenamiento jurídico que involucran una pluralidad o concurrencia de intereses, la omisión de la participación necesaria de esos sectores condiciona la validez del acto administrativo.

⁴⁴ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003, págs. 368-369.

⁴⁵ Schmitdt-Assmann, Eberhard, *La teoría general ...cit.*, pág. 361.

⁴⁶ Gordillo, Agustín: *“La legitimación”*, en Jornadas sobre Procedimiento Administrativo organizadas por la Universidad Austral.

Por su parte, Mario Nigro (jurista que presidiera la Comisión de preparación del proyecto de procedimiento administrativo, que finalmente se receptó en la ley italiana Nº 241 de agosto de 1990) ha señalado que el fin de estas normas es promover la inescrutabilidad de la burocracia y la simplificación contra la lentitud⁴⁷; en este sentido, es dable resaltar que el procedimiento administrativo no sólo no debe obstaculizar o retrasar de forma irrazonable la tutela judicial⁴⁸ sino, fundamentalmente, prevenir la judicialización de los conflictos.

Gran importancia sobre la materia cabe asignarle al derecho austríaco. En efecto, con la Constitución de diciembre de 1876 se instauró en Austria la noción moderna de Estado de Derecho, consagrándose por su artículo 11 la vinculación del Poder Ejecutivo a la ley. A los fines de tutelar los derechos subjetivos que fueran desconocidos por las resoluciones administrativas, en 1876 se creó un Tribunal Administrativo, el cual, por el artículo 6 de su ley de creación, tenía expresa competencia para anular los actos administrativos que incurrieran en vicios del procedimiento, habiéndose considerado que esa norma se convertiría con el tiempo en la más importante en la historia del procedimiento administrativo⁴⁹; la jurisprudencia fue creando los principios y reglas del procedimiento, receptados posteriormente (1925) en un conjunto de leyes sobre la materia, destacándose la Ley General de Procedimiento Administrativo –aún vigente–, con una completa regulación de los requisitos, vicios, y revocación de una institución material: el acto administrativo.

En el plano de la doctrina, Adolfo Merkl construyó una teoría general del procedimiento,

⁴⁷ Citado por Guido Corso, en su estudio, “*El procedimiento administrativo en Italia*”, en Barnes Vazquez, Javier (coord.): *El Procedimiento ... cit*, pág. 494.

⁴⁸ Sommermann, Karl Peter: “La justicia administrativa alemana”, en la obra colectiva *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*. Coordinador Javier Barnes Vazquez, Editorial Civitas SA., Madrid, 1993, pág. 58.

⁴⁹ Schäffer, Heinz: “*El procedimiento administrativo austriaco: Evolución, estado actual y perspectivas de futuro*”, en Barnes Vazquez, Javier (coord.): *El Procedimiento ... cit.*, pág. 408.

aplicable a todas las funciones del Estado⁵⁰. Con ello se sostuvo la común pertenencia del procedimiento administrativo y del proceso judicial a una: “(...) categoría general o concepto matriz”⁵¹, y a realzar la función garantizadora que debe cumplir el procedimiento administrativo en el marco de las relaciones jurídicas del derecho administrativo material.⁵²

Esta dirección de la doctrina culminará en Austria con regulaciones que tienden a jurisdiccionalizar en exceso el procedimiento administrativo, estableciéndose órganos independientes para conocer sobre los recursos administrativos⁵³.

Ahora bien, en la doctrina italiana, Sabino Cassese ha señalado que el procedimiento administrativo antes que para defenderse mejor sirve para decidir mejor⁵⁴; claro está que, no obstante la relativización del principio de imparcialidad⁵⁵, la Administración en su actuación debe ser objetiva, aplicar el principio de transparencia, el de igualdad, el principio de razonabilidad y la buena fe, en su función de dar efectiva satisfacción a los intereses comunitarios.

⁵⁰ Merkl, Adolfo: *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editora Nacional, págs. 278 y ss., “En el fondo, toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo”; la construcción de Adolfo Merkl ejerció influencia en el maestro Bartolomé Fiorini, en particular en su sistematización de los procesos estatales y en el desarrollo del principio de juridicidad.

⁵¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho ... cit.*, pág. 382.

⁵² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho ... cit.*, pág. 383.

⁵³ Schäffer, Heinz: “*El procedimiento administrativo ...*” cit., pág. 415.

⁵⁴ Cassese, Sabino: *Las bases del Derecho Administrativo*, traducción y prólogo de Luis Ortega, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

⁵⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho ... cit.*, pág. 405; y el estudio de Luis Morell Ocaña: “El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública”, publicado en la obra colectiva en homenaje al Profesor Jesús González Pérez: *La protección jurídica del ciudadano*, tomo I, Madrid, Civitas, 1993, págs. 147 y ss.

En la doctrina argentina, corresponde asignar gran importancia –y como comienzo del moderno derecho procedimental– a los estudios del maestro Bartolomé Fiorini, quien en 1961, dirigiendo el Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, preparó un proyecto de ley de procedimiento administrativo; asimismo, los estudios y proyectos de Agustín Gordillo, como el que fuera preparado para la Municipalidad de General Pueyrredón. En el año 1970 se sancionó en la provincia de Buenos Aires el decreto-ley 7.647⁵⁶, y dos años después el decreto-ley nacional de Procedimientos Administrativos 19.549⁵⁷. Estas normas jurídicas, igual que la derogada ley española de 1958 –muy importante en la materia– y la alemana de 1976⁵⁸, constituyen, en cierto modo, leyes generales y receptan una regulación integral de una institución del derecho material como lo es el acto administrativo.

En la provincia de Buenos Aires, la intervención de los organismos de asesoramiento y control –cuando corresponde según la respectiva ley orgánica y por la propia normativa procedimental– importa la existencia de un trámite o “zona” procedimental común para los distintos procedimientos especiales; por ello, la intervención de la Asesoría General de

⁵⁶ Bezzi, Osvaldo Máximo: *Ley de Procedimiento Administrativo anotada y comentada*, La Plata, Platense, 1971; Hutchinson, Tomás: *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea; y Botassi, Carlos A.: *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1994.

⁵⁷ Juan Carlos Cassagne ha ponderado que: “No se puede desconocer que la L.N.P.A. abrió una nueva etapa en la evolución del derecho administrativo argentino el cual, a partir de ella, ha tenido un desarrollo doctrinario jurisprudencial que lo coloca en línea con los sistemas más avanzados del derecho comparado” en su estudio “Trascendencia y contenido de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, publicado en el Diario Jurídico *La Ley*, jueves 10 de agosto de 2000.

⁵⁸ Sobre los antecedentes de la ley de procedimiento administrativo alemana, ver la obra de Carl Ule: *La Reforma Administrativa en Alemania*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967; Alejandro Nieto: “El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemana”, en *RAP*, Nº 32, 1960, págs. 72 y ss., y “Proyecto de Ley de procedimiento administrativo en la República Federal Alemana”, en *RAP*, Nº 32, 1960, págs. 483 y ss.

Gobierno, la Contaduría General de la Provincia y la Fiscalía de Estado representa la regulación de un cauce procedimental común en la producción de los actos y contratos públicos. Ciertamente, no hay una única norma de procedimientos, porque la legislación sectorial también contiene normas de carácter procedimental; pero es dable resaltar que lo que resulta común de la ley general, por ejemplo: el cumplimiento de los requisitos o condiciones de validez de los actos administrativos, los principios del procedimiento administrativo y la intervención de los mencionados organismos de asesoramiento y control revisten gran importancia institucional, a los efectos de brindar mayor certeza respecto de la idoneidad de la decisión en el ámbito de las distintas materias asignadas a la Administración Pública.

Resulta un dato frecuente en la historia argentina que las declaraciones legislativas de emergencia se proyectan indefectiblemente en las formas en que deben intervenir los organismos de asesoramiento y control en el procedimiento administrativo de formación de actos y en los procedimientos de selección de contratistas, relativizando la regla -licitación pública-, y generalizando la excepción (como la contratación directa), además de propiciar el abandono de formas que en el Derecho Público representan una significativa experiencia en la función de control y preservación de los intereses colectivos.

Con relación a la intervención de los organismos de la Administración consultiva y de contralor, la normativa de emergencia tiende a que su participación en el procedimiento sea efectuada de manera simultánea⁵⁹. Asimismo, alguna normativa consagra la

⁵⁹ Artículo 4 de la Ley 14.812 (Emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos); dicha norma contempla: “Podrá requerirse su intervención simultanea remitiendo una copia certificada del expediente completo –en soporte papel o digital- a cada Organismo. En caso de que los Organismos de Asesoramiento y Control no remitieren el informe, dictamen o vista requerido en el plazo establecido precedentemente se entenderá que no existe objeciones que formular, quedando el funcionario requirente autorizado para disponer la continuación del trámite:” (dicha normativa prevé un plazo máximo y común de 7 días hábiles para la emitir dictámenes, informes y vistas); cabe recordar que la intervención simultánea de los

intervención a posteriori del dictado del acto, e incluso luego de la ejecución de la obra, tal lo contemplado en la Ley 11.340, la cual faculta al Ejecutivo provincial a declarar de emergencia obras y acciones indispensables por casos de fuerza mayor, dando cuenta de la obra ejecutada o de la acción encarada.

En primer término, cabe señalar que el factor tiempo, invocado en más de una oportunidad para justificar el dictado de decisiones que luego se entienden apresuradas, si bien constituye un aspecto importante en la función administrativa de satisfacción de los intereses colectivos, no debe ser el aspecto decisivo a considerar, pues la eficiencia de la Administración pública no debe medirse del mismo modo que en las organizaciones privadas, debiéndose ponderar que en el sector público la ausencia de un adecuado control de la actividad administrativa facilita el empleo incorrecto de los fondos públicos y la corrupción⁶⁰.

organismos de asesoramiento y control tiene su antecedente en el decreto nº 2138/89; a su vez la ley 14.815 (Declaración de la emergencia administrativa y tecnológica) prevé en el art. 5 g) la intervención en forma simultánea de los organismos de asesoramiento y control, fijando un plazo máximo y común de cinco (5) días hábiles para que se expidan; cabe advertir que ello acontece cuando se supera determinado monto de unidades de contratación pues, hasta la suma de \$ 2.500.000 sólo se da intervención a la Fiscalía de Estado para que se expida en un plazo máximo de cuatro (4) días con carácter previo a la adjudicación y perfeccionamiento del contrato -artículo 5 e)-.

⁶⁰ Jesús Leguina Villa: “La eficiencia de la Administración no debe confundirse con la eficacia de las organizaciones privadas (...)”; como bien expresa Eva Desdentado Daroca, en el sector privado tiene gravitación la competencia, el riesgo empresarial y la repercusión de los resultados de la empresa en el patrimonio del empresariado, que no existen en el sector público Por ello, el factor tiempo, si bien resulta importante, no constituye el aspecto decisivo a considerar, debiéndose ponderar que: “(...) la ausencia de un adecuado control de la actividad administrativa facilita la utilización incorrecta de los fondos públicos, el descontrol del gasto y la corrupción, todo lo cual desde luego, no favorece en modo alguno a la eficacia.”; ver la obra de Eva Desdentado Daroca “*La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*”, Tirant lo Blanch, Editorial, Valencia, 1999, p. 131.

Pero además fuera del ámbito de aplicación de la legislación de emergencia, la ley 13.981 (Subsistema de Contrataciones) contempla la forma de intervención sucesiva o simultánea de los organismos con carácter previo al dictado del acto administrativo (art. 13), debiéndose expedir en el plazo máximo de diez (10) días; y su decreto reglamentario nº 1.300/16, en su artículo 13, apartado 5, debilita aún más el control previo y simultáneo de los organismos de asesoramiento y control en función del monto de la contratación⁶¹.

Todo ello en rigor conspira contra la eficiencia y la eficacia, que en general se les invoca como objetivo para aligerar los procedimientos de control previo.

La actividad consultiva (técnica y jurídica), junto a la de contralor de la legalidad, se erigen como fundamentales para la toma de decisiones, pues ilustran y ponen de relieve la argumentación jurídica y fáctica que respaldará la razonabilidad del acto dictado o del contrato suscripto, evitando en gran medida reproches y responsabilidades patrimoniales. Por ello, su intervención representa un trámite esencial y un valladar para la posible existencia de un abuso o desvío. La intervención sucesiva de los organismos de asesoramiento y control va tamizando la problemática, sedimentando las opiniones de cada organismo (sirviendo unas a otras), y, arribando de esta manera, a un criterio más certero, máxime cuando se trata de cuestiones de alta complejidad. Estimo que la

⁶¹ Art. 13 Apartado 5: Intervención de los organismos de asesoramiento y control. La intervención podrá ser simultánea y concomitante, debiendo los organismos expedirse en 10 (diez) días corridos. PREVIO A LA APROBACIÓN DEL PLIEGO Los organismos de asesoramiento y control intervendrán en todos los pliegos cuya aprobación, según lo previsto en el cuadro de competencias, iguale o supere la competencia de los ministros secretarios. PREVIO AL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN Los organismos de asesoramiento y control intervendrán en todos los proyectos de acto administrativo cuando el monto de la contratación iguale o supere las 600.000UC. Además, la remisión del proyecto será obligatoria ante los siguientes supuestos: a. Hubiere impugnaciones a la preadjudicación. b. Hubiere rechazo de ofertas por causas formales, a partir de las 100.000UC. c. Si el proceso fuera encuadrado en una licitación pública internacional. En el resto de los casos tomarán la intervención de su competencia una vez finalizado el procedimiento.

intervención sucesiva tiene raíz constitucional; en tal sentido, la Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires que sesionara durante los años 1885/1889, fundamentó la incorporación en el artículo 152 el cargo de Fiscal de Estado, basado en la garantía del buen acierto de las decisiones del Poder Ejecutivo en las resoluciones que toma respecto de los intereses públicos⁶², aspecto que presupone la previa intervención de la Asesoría General de Gobierno en el ámbito de sus competencias respecto del proyecto de la materia en cuestión. Ciertamente, en el despacho de los asuntos deben existir plazos razonables pero, se insiste, la eficiencia en la Administración Pública no debe medirse con la misma vara que en el ámbito privado.

Con relación a los sistemas de selección de contratistas, huelga decir que toda contratación pública tiene en la efectiva satisfacción del destino o fin de los trabajos públicos o el servicio a realizar, su causa viva o profunda; para ello, el procedimiento de la licitación pública se ha erigido en el principio cimental destinado a la selección del contratista estatal, y su experiencia contradice las objeciones que la descalifican, las cuales generalmente apuntan a que no necesariamente asegura la honestidad o moralidad administrativa, así como que se trata de un procedimiento dilatorio. En primer término, cuadra reflexionar que la licitación pública, si bien no garantiza la honestidad de los agentes intervinientes en la contratación, es el procedimiento de selección que en mayor

⁶² *Debates de la Convención Constituyente 1889, provincia de Buenos Aires*, Tomo I, el Censor, ps. 270-271. La ley 13.767 regula la Administración Financiera y el Sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial. Por la citada ley la Fiscalía de Estado tiene a su cargo el control de legalidad de los actos administrativos (art. 102), y el Contador General de la Provincia examina todos los actos administrativos que se refieren a la Hacienda Pública, y los observará cuando los mismos contraríen la legislación y disposiciones reglamentarias. Cabe destacar que la observación formulada suspenderá el cumplimiento del acto o de la parte observada (art. 106). A su vez, la ley Orgánica de la Fiscalía de Estado (decreto ley nº 7543/69 T.O.-968/87) en su artículo 40 prescribe que la resolución definitiva no surtirá efectos sin la previa notificación del Fiscal de Estado. Esta norma resulta fundamental para efectuar un control preventivo –previo a la ejecución–, pues el órgano Fiscal de Estado puede oponerse y deducir demanda (ver arts. 40 y 41 del citado decreto ley). En general ver la obra de Tribiño Carlos R., *“El Fiscal de Estado”*, con prólogo de Alberto B. Bianchi, Buenos Aires, Avaco, 2001.

medida obstaculiza la deshonestidad, dado que conlleva la existencia de un mutuo control por parte de los organismos intervinientes en el trámite administrativo; en tanto que lo relativo a los tiempos de la tramitación, no es exclusivo de la licitación, dado que ello se encuentra generalizado en el ámbito de la Administración, tal como, lamentablemente, acontece con las prestaciones asistenciales o vitales (tal el caso de las obras sociales, jubilaciones y pensiones), todo lo cual es susceptible de ser revertido con una adecuada dirección e impulso de los trámites por parte de los agentes a su cargo. La doctrina ha aconsejado nuevos sistemas que establezcan dentro de la estructura administrativa un sector especializado para establecer claras políticas y estrategias, así como un adecuado sistema de preparación de las bases de la contratación y modelos preestablecidos que permitan determinar la oferta más satisfactoria con aplicación de mecanismos modernos de información y medición, simplificación de los trámites que permitan un tiempo menor de tramitación, pero que permita a su vez un adecuado control previo⁶³. Ello no significa arrumbar los principios republicanos que informan al procedimiento de la licitación pública, sino reafirmarlos sobre la base de las nuevas realidades. En la Provincia, la obra pública es regulada por una excelente norma (Ley 6.021 del año 1959), en la que se contempla el estudio de las condiciones necesarias para la realización de la obra que se materializan en el proyecto con adecuadas previsiones, todo lo cual debe insumir un tiempo razonable a fin de analizar prudentemente su factibilidad y, además, se regula la obra en “marcha” con un adecuado tratamiento desde el replanteo hasta la recepción definitiva, lo que en la práctica ha significado una rica experiencia en el derecho público, la cual no puede ser abandonada sin más.

En definitiva, no se niega la necesidad de formular reformas a la ley, tendientes a corregir las deficiencias e incorporar los avances tecnológicos.

⁶³ Con relación al sistema de compras, la ley 13.981 contempla un sistema de contrataciones por medios electrónicos; un sistema de compras centralizado bajo la jurisdicción de la Contaduría General de la Provincia, con contratos marcos (art. 10 de la ley 13.981).

Para concluir este acápite expresamos nuestra crítica a las políticas que, a la luz de la reforma del Estado y de la teoría de los sistemas, propician formas de intervención o de contralor de los organismos de asesoramiento y control de modo simultáneo, así como la utilización del derecho privado por la Administración sin prever adecuadas formas de publicidad y de contralor.

Nada más oportuno que establecer un paralelismo con el pensamiento de Juan Francisco Linares con relación a la actividad legislativa: “El apuro desmedido en legislar, en un sistema democrático-republicano, es una falsa muestra de eficiencia. Los gobiernos democráticos son lentos. Y así deben serlo porque sus decisiones atienden a pisar sobre seguro, a consultas previas, a sondeos prudentes de la opinión pública y sobre todo a obtener también el apoyo de las minorías. Pues todo régimen democrático republicano implica una constante transacción entre mayorías y minorías. Nunca una imposición unilateral y sistemática de las primeras sobre las segundas por el solo hecho de ser mayorías”⁶⁴.

IV. Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

La Cámara Federal de La Plata, Sala II, ha declarado en una causa relacionada con el «corralito financiero» la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción⁶⁵. Ello sobre la base de la interpretación integral del artículo 36 de la Constitución Nacional⁶⁶, norma que establece en su primer párrafo el carácter de insanablemente nulo a los actos de fuerza

⁶⁴ Linares, Juan Francisco: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, prólogo, pág. 5.

⁶⁵ Expediente nº FLP 3290/2005 (Rg. Int. Nº 3.344); con voto de los señores jueces Leopoldo Héctor Schiffrin, Olga Ángela Calitri y César Álvarez (por su voto). En dicha causa, la diputada nacional Elisa Carrió se presentó como «Amicus Curiae»; sobre el tema ver el estudio de Gil Domínguez, Andrés, *“Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción: un fallo trascendente”*, publicado en Revista La Ley 2016-F, p. 157, en el cual se analiza los votos de los magistrados Schiffrin y Calitri; Cita On-Line: Ar/Doc/3359/2016.

⁶⁶ Especialmente voto del magistrado L. H. Schiffrin.

contra el orden institucional y el sistema democrático; y en su párrafo 5º: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”. Asimismo se ha citado el derecho de los tratados, especialmente la C.I.C.C., como instrumento de lucha contra la corrupción y su relación con los tratados de derechos humanos.

En el campo específico de la teoría de las nulidades del acto administrativo, la Corte Suprema Nacional trasladó con acierto a este campo del derecho público la razón que establece que la nulidad absoluta (sea o no manifiesta) es imprescriptible.⁶⁷ Sin embargo la mentada regla de la imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad absoluta entro en pugna con la presencia de los plazos de caducidad. En tal sentido, la progresiva configuración de la jurisdicción revisora de actos fue desplazando a los plazos de prescripción, como se advirtiera en el Derecho español por Santamaría Pastor, y en nuestro Derecho por Héctor A. Mairal⁶⁸.

⁶⁷ Marienhoff, Miguel S. *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo II, ob. cit. ps. 481/482. En la causa “Sociedad Anónima Empresa Constructora F.H. Schmidt v/ Prov. De Mendoza” del 24/11/1937, publicado en fallos 179:249, la C.S.J.N. había afirmado: “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”; a su vez la consagración de la regla de la nulidad absoluta e insusceptible de confirmación fue establecida por el máximo tribunal en el conocido caso “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Gob. Nacional s/nulidad” del 30/06/1941, publicado en Fallos 190:142 y J.A. 1962-II-474 (cabe señalar que en este caso la real infracción al orden público que había sido la vulneración a la legislación de tierras públicas quedó impune de sanción).

⁶⁸ Como ha dicho Santamaría Pastor: “En realidad, el sistema de la prescripción resultaba abiertamente incompatible con un sistema procesal que caminaba a pasos agigantados hacia el contencioso de anulación...”; en su estudio *“El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo ¿prescripción o caducidad?”* Publicado en RAP Nº58, Institutos de Estudios políticos –España. Enero-abril de 1969. Por su parte Héctor A. Mairal ha destacado que en el Derecho argentino se ha producido una evolución similar a partir de la sanción del llamado Código “Varela” y del Decreto-ley Nº 19.549/72; ver su estudio *“Los Plazos de Caducidad en el*

El problema de la firmeza de los actos administrativos motivó la incorporación en la legislación de procedimientos administrativos del llamado recurso de revisión del acto firme. En la legislación de la provincia de Buenos Aires –art.118 del Decreto Ley 7647/70- se establece: “...b) Se hubiera dictado el acto administrativo como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta, o graves irregularidades comprobadas administrativamente”.⁶⁹

La ley nacional nº 25.188 (ley de ética de la función pública) en su capítulo V prevé supuestos de incompatibilidades y conflictos de intereses que fulminan de nulidad absoluta de acuerdo con las prescripciones del artículo 14 del Decreto Ley Nº 19.549/72⁷⁰. María Claudia Caputi indaga “¿Cuál será la consecuencia jurídica de los actos mediante los que se contravenga la normativa anticorrupción? En este sentido, cabe tener presente que para los actos dictados en violación del ordenamiento jurídico ya se contaba con el Art. 22, inc. d del decreto ley Nº 19.549 de procedimientos administrativos, en virtud del cual si aquellos eran fruto de cohecho, prevaricato o violencia, podían ser dejados sin efecto mediante el recurso de revisión contra actos firmes. Sin perjuicio de esto, y para el supuesto de contravenirse los Arts. 13, 14 y 15 de la LEFP, surge una respuesta específica, que viene dada por el Art. 17 del LEFP, mediante el cual se atribuye nulidad absoluta a aquellos actos, dejándose a salvo los derechos de terceros de buena fe. Por la norma se aclara que, si se tratara de un acto administrativo, será de aplicación el Art. 14 del Decreto

Derecho Administrativo Argentino”, en la obra colectiva *Derecho Procesal Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 881/891.

⁶⁹ Osvaldo Máximo Bezzi con relación a la revisión del acto firme, señaló la incorporación como causal “...o graves irregularidades comprobadas administrativamente”, en *Ley de Procedimiento Administrativo*, Editora Platense, 1971, p.96.

⁷⁰ Ver artículos 13, 14, 15, 16 y 17. Actualmente con motivo de los fundados planteos que se suscitaron con relación a intereses de la familia del presidente, se propicia una reforma de dicha ley de ética de la función pública y su reglamentación.

Ley Nº 19.549.”⁷¹

Empero, en virtud de haberse generalizado la aplicación de los fugaces plazos de caducidad y consecuentemente la teoría del acto firme, la doctrina advirtió que la operatividad de la regla de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta constituiría una prerrogativa reconocida únicamente a favor del Estado.⁷²

Ahora bien, sin perjuicio de considerar que existiendo plazos de prescripción para el ejercicio de los derechos y por la propia naturaleza de estos, cabe desplazar la aplicación de los plazos de caducidad; también surge a esta altura de la evolución del ordenamiento jurídico, del derecho internacional, supranacional, con la consagración de principios generales del derecho de carácter universal en el Derecho de los Tratados, la conveniencia de evaluar la consagración de una acción popular de nulidad debidamente regulada, no sujeta a plazos de prescripción, para los actos administrativos que hayan sido consecuencia de una actuación corrupta, de modo que cualquiera del pueblo tenga una forma de participación social en la lucha contra la corrupción⁷³.

⁷¹ Caputi, María Claudia, “*La sanción de la Ley de Ética para la Función Pública*”, en Rap nº 260, Mayo, 2000, Doctrina p. 9.

⁷² Mairal Héctor A., “*¿Uno o dos Derechos Administrativos?*”, publicado en Suplemento de Derecho Administrativo, Agosto, 2010, 1, Abeledo-Perrot. Mairal con la finalidad de evitar las graves consecuencias jurídicas que acarrea en particular el problema de la firmeza ha propiciado acotar el concepto de acto administrativo, así en su estudio “*Los meros pronunciamientos administrativos*”, en la obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Derecho Administrativo, Director Juan Carlos Cassagne, 1998, Abeledo-Perrot, y en “*Hacia una Noción más Acotada del Acto Administrativo* (Donde se Explica Cómo los Argentinos Pasamos, sin Darnos Cuenta, de Obedecer la Ley a Obedecer a los Funcionarios Públicos)”, publicado en Res Pública Argentina, 2011, Nº 1 y 2.

⁷³ Augusto Mario Morello, había postulado la legitimación en “cualquiera del pueblo” para poder denunciar o accionar por delitos de corrupción en su estudio “*La cláusula ética de la Constitución Nacional (art. 36 in-fine)*”: *Aspectos de Derecho Penal y Procesal. La lucha contra la corrupción. Aspectos procesales*”, ob. cit.

V. Conclusiones

La legalidad que se nutre de los valores democráticos y de aquellos principios generales del derecho receptados en los tratados y convenciones de Derecho Internacional, representan un gran aporte en la lucha contra la corrupción, pero a su vez resulta menester para su erradicación una actitud cívica y cultural, de moral cívica republicana, de participación social⁷⁴. El famoso y emblemático recurso “de excès de pouvoir” ha tenido su origen en el reclamo o denuncia de los ciudadanos ante el propio gobierno en defensa de la legalidad objetiva.

Como se ha anticipado en la Convención Constituyente de 1994, la corrupción atenta contra el sistema democrático, y ha sido significativo el impacto en el ordenamiento jurídico argentino de la Convención Interamericana contra la Corrupción, como oportunamente destacara Agustín Gordillo⁷⁵: “No existe, a partir de la CICC, discrecionalidad en el manejo de los fondos públicos: el gasto incensario o superfluo, el no cuidar los bienes públicos como si fueran propios, el realizar proyectos inútiles, todo ello encuadra en las prohibiciones de la CICC.”.

En este orden de consideraciones entiendo que los organismos de asesoramiento y control, deben penetrar en el control del mérito cuando no surge razonable el gasto público ni garantizado la efectiva satisfacción de los intereses colectivos (p.ej. subsidio para organizar un torneo de regatas, existiendo sectores vulnerables con desnutrición; contratar un proyecto de ley a un experto por una suma de pesos considerable cuando la universidad pública y sus docentes podrían colaborar ad honorem en su redacción, etc.) pues la austeridad en el gasto también resulta fundamental y expresiva de la moral

⁷⁴ Ver Dates, Luis E. “*Las acciones qui tam. Una posible herramienta contra la corrupción en las contrataciones públicas*”, en L.L. 13/10 2016, 1; Ar/Doc/3097/2016.

⁷⁵ Gordillo, Agustín, “*Un corte trasversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción*”, publicado en L.L., 1997-E, 1091; Cit. On-Line: Ar/Doc/14692/2001; ver también, Alfonso Buteler “La lucha anticorrupción y el derecho administrativo”, en Jurisprudencia Argentina, Derecho Administrativo, 2013-III, Coordinador Carlos A. Botassi, fascículo 5, ps. 3 y ss.

republicana.

Con respecto a la intervención de los organismos de asesoramiento y control en forma simultánea, es dable insistir que el factor tiempo si bien es importante no constituye un aspecto decisivo en la medida en que se desnaturaliza el procedimiento administrativo previo y puede facilitar una utilización incorrecta de los fondos públicos. Ciertamente, debe existir una relación entre el gobierno y los organismos de asesoramiento y control, de neutralidad administrativa y política, respectivamente.⁷⁶

Por último, recordamos las ideas leídas los días 20 y 21 de Julio de 1789 por el Abate Sieyès: "...es grave error tomar el ejercicio de un poder público por un derecho. Es un deber...La idea de un gran deber a cumplir, y por lo tanto, de una gran utilidad para los otros..."⁷⁷

⁷⁶ Ver Garrido Falla, Fernando, en *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Vol. I, parte General, 10ª Ed., ob.cit., ps. 61/62

⁷⁷ Ver nota 3 de este estudio.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL AGENTE PÚBLICO POR OMISIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Por Carlos Botassi

I - Introducción. Omisión material y omisión formal.

La delicada cuestión de la responsabilidad del Estado por su inacción mereció un anterior análisis⁷⁸ que, en alguna medida, cabe reiterar ahora para dotar de congruencia a la exposición.

Desde el punto de vista del nexo causal, el evento dañoso puede provenir tanto de una acción positiva como de una abstención. *“Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”* y *“es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”* (arts. 1717 y 1749 del Código Civil y Comercial).

Jurídicamente no existe diferencia ontológica entre no impedir el daño (existiendo obligación y posibilidad concreta de hacerlo) y ocasionarlo con una conducta activa. Tanto la omisión material (dejar de hacer lo debido, prescindir de realizar una actividad) como la formal (callar, mantenerse en silencio, privar de decisión al interesado), constituyen formas habituales de la conducta de las autoridades administrativas. El propio origen etimológico de la palabra española “omisión” (del latín *omissionem*) reconoce dos vertientes de pasividad en el comportamiento: *“hecho de no hacer o de no decir”*⁷⁹. El “no decir”, constituye una omisión “formal” que posee trascendencia en materia de juicios contra el Estado ya que puede constituir un presupuesto procesal que permite considerar agotada la vía administrativa habilitando el acceso a la instancia judicial. Se trata del “silencio administrativo”, “retardación” o “denegatoria tácita” que no solo permite demandar una sentencia de mérito sino también deducir un amparo por mora, en cuyo caso el juez puede ordenar a la Administración el dictado de un acto expreso sobre el asunto en conflicto⁸⁰.

Pero en cuanto interesa a este comentario la conducta omisiva de la cual nos ocuparemos es aquella de tipo material, que se presenta cuando los agentes públicos dejan

⁷⁸ Botassi, Carlos, *Ensayos de Derecho Administrativo*, Platense, La Plata, 2006, p. 343.

⁷⁹ Gómez de Silva, Guido: *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, F.D.E., México, 1995, pág. 500. En el análisis del proceder delictivo la palabra “acción” es empleada como comprensiva de toda conducta humana voluntaria, aún la omisiva.

⁸⁰ El amparo por mora está regulado en el art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina (Dec. Ley 19.549/78) y en algunos ordenamientos provinciales aparece en los Códigos Procesales Administrativos, v. gr. art. 76 del Cód. de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.008 y sus reformas).

de hacer aquello que la Constitución, las leyes, decretos y resoluciones ponen a su cargo de manera explícita o razonablemente implícita⁸¹.

II - Omisión del cumplimiento del deber de prevención de daños.

En los repertorios de jurisprudencia abundan los casos en que se ha responsabilizado al Estado debido a que sus funcionarios han dejado de actuar para evitar daños a terceros. El capítulo más abundante es el relacionado con el ejercicio del poder de policía. En terrenos tan disímiles como el de la salud pública, la seguridad de las personas, la actividad bancaria, la circulación vehicular y otros muchos, se condenó a compensar los perjuicios sufridos por el defectuoso ejercicio del poder de policía, esto es por haber omitido implementar las medidas de vigilancia necesarias para prevenir una numerosa gama de siniestros (ausencia de cercas en obras viales; falta de vallas que impidan el ingreso de animales en rutas; omisión de ordenar el cierre de entidades financieras que más tarde fueron liquidadas perjudicando a los ahorristas, etc)⁸².

⁸¹ Lo “razonablemente implícito en lo explícito” ha sido merituado por la doctrina y la jurisprudencia a la hora de establecer la extensión de la competencia asignada a un órgano estatal. Lo mencionamos porque creemos – como lo explicaremos más adelante – que la responsabilidad por omisión se vincula con el carácter irrenunciable de la competencia y para resaltar el criterio opuesto del legislador que condiciona el nacimiento del deber de reparar a que la conducta omitida haya estado impuesta en forma expresa y determinada por el derecho positivo (Ley 26.944 art. 3 inc. “d”).

⁸² Una sistematizada reseña de casos puede verse en Perrino, Pablo E.: *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, E.D. Supl. de Derecho Administrativo del 28.12.99, págs. 1 (especialmente pág. 7). Desde luego que no basta probar el nexo causal entre el siniestro y la pasividad oficial sino que debe tratarse de una omisión culpable, es decir un caso de pasividad ilícita. Conociendo de un reclamo por la muerte de un automovilista que embistió un caballo suelto en una ruta, la Corte Nacional rechazó la demanda por entender que la atribución del poder de policía no podía llegar al extremo de suponer la prevención de todo tipo de situación dañosa (Causa *Ruiz c/ Prov. de Buenos Aires*”, 7.11.89, La Ley 1990-C-429, con nota de Bustamante Alsina, Jorge: *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*). Juan Carlos Cassagne, en cambio, ha opinado que aún en los casos en que la ruta ha sido dada en concesión a un particular el Estado debe responder frente a este tipo de siniestros debido a la obligación de remover obstáculos que le impone la Ley de Tránsito (*La responsabilidad de los concesionarios viales*, Rev. La Ley del 1.11.06, pág.1).

La omisión puede provenir de la Administración⁸³ o de los Poderes Legislativo⁸⁴ y Judicial⁸⁵.

⁸³ Por no efectuar el mantenimiento de las vías navegables se ha condenado al pago de los daños sufridos por la muerte de la esposa e hijos del actor que naufragó por embestir su embarcación un tronco que flotaba en el río (Corte Nacional, 1969, *“Franck c/ Prov. de Buenos Aires”*, Fallos 275:357). Asimismo por omitir señalar la existencia de un pozo en un ruta que provocó el siniestro de un automotor (Corte Nacional, 1991, *“Lanatti c/ Administración de Vialidad”*, Fallos 314:661). Igualmente por no colocar avisos que indiquen los peligros del área seguido de la muerte de un bañista en las playas de Puerto Madryn (Corte Nacional, 1992, *“Posee c/ Prov. de Chubut”*, Fallos 315:2834). En un caso se calificó de *“abstención ilícita”* la falta de control municipal que impidiera el derrumbe de un edificio (C. Civ. y Com. de San Nicolás, 4.6.96, *“Marún c/ Nasif”*, Jurisprudencia Argentina 1997-IV-254). Y en otro se responsabilizó a la autoridad competente por omitir controlar la actividad de una empresa aseguradora que dejó sin atención pólizas emitidas luego de que sus relaciones técnicas indicaran que debía ser reforzada su garantía de solvencia (CFed. Mar del Plata, *Sorba c/ Superintendencia de Seguros de la Nación*, 2.3.00, Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, Año II nº 3 (Mayo/junio 2000), pág. 78, con nota de Stiglitz, Rubén S. y Compiani, M. Fabiana: *La responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del poder de policía: su recepción jurisprudencial en materia de control de las compañías aseguradoras*). También por la omisión de entregar un documento de identidad que impidió al actor excepcionarse para cumplir el servicio militar por entonces obligatorio (CN Apel. Civ. y Com. Federal, 2000, *“Zucco c/ Estado Nacional”*, La Ley 2001-A.325).

⁸⁴ El Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Santa Fe, condenó al Estado provincial a indemnizar los daños a la salud sufridos por una niña en la clase de ejercicios físicos, debido a una patología congénita oculta que le impedía determinados movimientos. Se recriminó la omisión en el dictado de reglamentación de los controles médicos previos a la actividad gimnástica que hubiera permitido detectar el mal que aquejaba a la víctima (Causa *“Arredondo c/ Provincia de Santa Fe*, 15.5.98, Jurisprudencia Argentina 2000-III-315, con nota de Saux, Edgardo I.: *Responsabilidad civil del Estado por omisión de actividad legislativa*). Asimismo se ha considerado contraria a Derecho la omisión en que ha incurrido una municipalidad al no regular en detalle las condiciones de preservación ambiental de un área protegida por una ley provincial de la costa bonaerense; y si bien los accionantes no reclamaron indemnización sino el dictado de una orden de legislar contra el municipio, resulta claro que de haberse invocado y probado un daño, la condena a repararlo hubiera resultado inevitable (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar*, 29.5.92, Jurisprudencia Argentina, 2002-IV, con nuestra nota: *Amparo por omisión legislativa: la preservación ambiental del Parque Cariló* y de Cafferatta, Néstor: *En defensa del paisaje*).

⁸⁵ Se condenó a una provincia a indemnizar a una persona cuyo automóvil fue secuestrado por la policía al haber omitido el juzgado interviniente comunicar la cancelación de la orden judicial de secuestro (Corte Nacional, *De Gandia c/ Prov. de Buenos Aires”*, Fallos 318:845). El Estado fue condenado a pagar los daños sufridos por el

En todos los casos se ha considerado que existía una obligación concreta de actuar y al no hacerlo se ha creado o agravado una situación de peligro. La responsabilidad surge porque pesa sobre el Estado una obligación específica de resultado que ha sido soslayada sin causa justificada (cercar el pozo, vigilar la ruta, controlar la seguridad pública, fiscalizar las actividades financieras y de aseguramiento). Se supone que la competencia asignada al órgano, en forma precisa y con mandato expreso de actuar de determinada manera frente a ciertas circunstancias, va acompañada de los medios humanos y materiales necesarios para ejercerla, y si se suma a ello que en un caso dado no aparecen obstáculos de fuerza mayor insalvable, cabe concluir que el Estado ha asumido el papel de garante de que el hecho dañoso no se produciría. Desde el punto de vista fáctico la omisión es la causa del resultado dañoso y desde el punto de vista jurídico la atribución de responsabilidad (por no haber actuado en la forma debida) es la consecuencia de la omisión.

Pero, más allá de las opiniones doctrinarias antes recordadas que relajan la exigencia de la norma expresa que disponga un actuar concreto, lo cierto es que la jurisprudencia ha exigido que la obligación de hacer incumplida debe aparecer en forma muy precisa en la norma incumplida, sin que sea suficiente una referencia genérica o global a una determinada competencia. En una decisión que fue muy difundida y comentada, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó una demanda acogida en las dos instancias anteriores, en la cual se reclamaba una indemnización por los perjuicios derivados de una inundación aluvional que fue acompañada de la omisión oficial de construir terraplenes defensivos. El Tribunal provincial sostuvo que solo el ejercicio irregular del derecho de no hacer provoca la

comprador de un inmueble debido a de la omisión del síndico de anotar la inhibición que pesaba sobre el vendedor (C. Federal Cont. Adm., 1999, *"Amiano c/ Estado Nacional"*, La Ley 1999-F-497). Un sector de la doctrina consideró que la Provincia de Buenos Aires debía responder por los perjuicios ocasionados a los litigantes debido a la omisión en que incurría la Suprema Corte al no implementar el nuevo Fuero Contencioso Administrativo (impuesto por la reforma constitucional provincial de 1994) cuyas condiciones de legitimación y amplitud de pretensiones los colocarían en mejor posición procesal (Cabral, Pablo O. y Maljar, Daniel E.: *Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa Bonaerense*, Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial de Derecho Administrativo, del 20.12.00, pág. 15). Ampliar en Retjman Farah, Mario: *Responsabilidad del Estado por omisión judicial: una tendencia que se expande*, La Ley 1996-D-79.

obligación de reparar los daños ya que el Estado solo responde *“cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción”*, entendiendo que en el caso la competencia en materia de policía de aguas surge de normas genéricas que de ningún modo imponen la obligación concreta de construir obras de defensas aluvionales necesarias para asegurar los bienes de todos los habitantes de la Provincia⁸⁶. Más tarde la Suprema Corte mendocina ratificaría su doctrina expresando que *“para que se genere el deber de responder por omisiones imputables al Estado, es necesario que la omitida sea una obligación, un deber concreto, y no un deber que opere en dirección genérica y difusa...Es menester que se trate de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración”*⁸⁷.

III - El Código Civil de 1871 y el Código Civil y Comercial de 2015.

Durante la vigencia del Código de Vélez el fundamento basal de la responsabilidad por omisión fue su artículo 1074: *“Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”*; complementado con el artículo 1112 que establece que *“los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones”* del Título IX del citado Código (*“De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”*). La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires había expresado que *“en el Derecho Público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o abstención. Por ello su tratamiento jurídico básico debe efectuársele recurriendo a la norma del art. 1074 del Cód. Civil que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención”*⁸⁸.

⁸⁶ Causa *“Torres c/ Prov. de Mendoza”*, 4.4.89, La Ley 1989-C-512, con nota de Cassagne, Juan Carlos: *La responsabilidad del Estado por omisión*.

⁸⁷ Causa *“Norton c/ Municipalidad de Godoy Cruz”*, 18.10.96, Rev. La Ley del 5.3.97 pág. 11.

⁸⁸ Causa Ac. 73.526, *“Vargas c/ Club Náutico Hacoaj”*, 23.2.00, Diario de Jurisprudencia Judicial (Prov. de Buenos Aires) t. 100 pág. 1426. En este caso se admitió la responsabilidad parcial de la Municipalidad de Tigre por haber

El Código Civil y Comercial aprobado por Ley 26.994 (B.O. 8.10.2014), en cambio, establece la inaplicabilidad en materia de responsabilidad del Estado de su Capítulo 1, *Responsabilidad Civil*, de su Título V, *Otras fuentes de las obligaciones* (art. 1764). Esta exclusión, en el ámbito nacional, fue extendida a toda la regulación de Derecho Privado en el tercer párrafo del artículo 1º de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (B.O. 8.8.2014): *“Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*.

En cuanto atañe a la responsabilidad de los empleados públicos el art. 1766 del CCyC estatuye que *“los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo”*. En términos semejantes se pronuncia el artículo 9 de la Ley 26.944: *“La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen”*.

IV – La responsabilidad por omisión en la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional nº 26.944.

1.- Respecto del Estado.

Como es dable advertir la responsabilidad del Estado por omisión posee una trascendencia superlativa. Debido a ello frase final del inciso “d” del art. 3 de la LRE⁸⁹, que

omitido *“sus deberes de vigilancia y custodia”* de una laguna pública otorgada en uso a un club náutico a la que cayó un menor perdiendo la vida. En tales circunstancias la Suprema Corte entendió que, *“si el Estado debió constatar antes y controlar después el cumplimiento de los recaudos a que se condicionó la autorización solicitada y concedida (a favor del club de náutica), y no lo hizo, y el daño resultante guarda relación causal con la omisión, se configura su responsabilidad pues no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población”*.

⁸⁹ Ley 26.944, art. 3: *“Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad*

acota el deber de indemnizar al caso en que se verifique “*la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*”, constituye una restricción antijurídica desde el momento que legitima conductas omisivas aunque ignoren competencias implícitas del funcionario y/o desconozcan principios generales del Derecho.

El legislador ha pasado por alto un dato esencial: para que el Estado pueda ser considerado omitente y condenado a indemnizar las consecuencias dañosas de su “no hacer”, debe existir una obligación jurídica de actuar, sin que pueda pretenderse que la actividad aparezca puntillosamente descripta en la ley. Caso contrario, la responsabilidad estatal por omisión queda prácticamente abogada. Si la parte final del inciso “d” del art. 3 se interpretara literalmente, es decir si la jurisprudencia admitiera semejante limitación, negando el derecho de la víctima a ser compensado cuando el deber oficial omitido provenga de un principio jurídico no escrito (como por ejemplo el derecho constitucional implícito a la salud) o el deber de actuar surja de reglas laxas (como la legislación sobre prevención del delito, tránsito vehicular, fiscalización de bancos y compañías aseguradoras), se habrá producido un lamentable retroceso en la materia.

Confiamos en que serán los jueces quienes realizarán una hermenéutica valiosa del texto legal ya que en el conflictivo tema de la responsabilidad del Estado por omisión, como en casi todos los que tienen que ver con la ciencia jurídica, lo verdaderamente esencial (y tal vez por ello indudablemente complicado) es posicionarse en el justo equilibrio. Ni impunidad para el Estado ausente ni presunción absoluta de responsabilidad frente a cada situación daños⁹⁰, sin perder de vista que no es posible exigir una disposición específica para cada accionar estatal y que cuando la Constitución y la ley encomiendan a las reparticiones públicas la atención activa de determinadas incumbencias en forma genérica, la abstención daños⁹⁰ deviene ilegítima, salvo que se acreditara la imposibilidad de actuar, es decir en

del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado, la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

⁹⁰ Gambier, Beltrán: *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, La Ley 1990-E-616, especialmente pág. 626. En igual sentido Huici, Héctor M.: *La responsabilidad del Estado por omisión*, La Ley 1993-D-829, especialmente pág. 853.

aquellos supuestos en que la omisión apareciera “*justificada*” como reza el artículo 1717 del Código Civil y Comercial.

El interprete deberá partir de la base de que las autoridades públicas carecen de opción: deben ejercitar las atribuciones que el orden jurídico les otorga porque le han sido dadas para la búsqueda del bien común y considerar que el nexo causal aparece interrumpido cuando se haga evidente una razonable imposibilidad de evitar el siniestro que, naturalmente, se presentará con frecuencia. Rebollo ha realizado un extenso listado de demandas rechazadas en España por referirse a supuestos que entendemos improponibles como casos de responsabilidad del Estado⁹¹, situación que también se produjo, aunque excepcionalmente, en el derecho argentino⁹² y que impone a los abogados lograr alguna medida y criterio lógico a la hora de proponer el caso.

De todas maneras –cabe insistir– entendemos que cuando el órgano estatal posee las atribuciones necesarias para evitar un perjuicio a terceros (en términos explícitos y también razonablemente implícitos) se presume *iure et de iure* que cuenta con los medios financieros, humanos y de equipamiento para hacerlo y no cabe duda que la omisión injustificada de la conducta debida, seguida de una circunstancia dañosa relacionada causalmente, genera el deber de indemnizar.

2.- Respetto de los funcionarios y agentes públicos.

Como lo destacara Gordillo, “*es decisivo que el funcionario público que perjudica a los*

⁹¹ Persona que fallece al arrojar al mar en un lugar inadecuado tras una apuesta; propietario de un comercio que ve reducida sus ventas como consecuencia del cambio de traza de una carretera; daños producidos en plantaciones por aves silvestres; lesiones sufridas por quien participó voluntariamente en un festejo taurino; prohibición de capturar moluscos en aguas contaminadas; etc. (Rebollo, Luis Martín: *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones*, R.A.P., Madrid, Sept./Dic. 1999, nº 150 pág. 320).

⁹² La Cám. Nac. Civil Sala E, en autos “*Sánchez c/ Municipalidad de la Capital*, sent. del 27.12.84, condenó a la Comuna a indemnizar a los deudos de un enfermo internado en un hospital público que se suicidó arrojándose por una ventana, recriminando la omisión del cuidado necesario para evitar que atentara contra su vida, cuando nada hacía suponer que ello podía acontecer (La Ley 1986-A-435, con nota crítica –cuyos argumentos compartimos– de Trigo Represas, Félix A.: *Indemnización de la totalidad del daño por el suicidio de un enfermo internado*).

*usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solo responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso. No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos”*⁹³. De allí que la regulación de esta materia alcance una significación relevante y contribuya a combatir la ineficacia y la corrupción de empleados y funcionarios que se enseñorea desde hace ya demasiado tiempo en nuestro país.

Según el art. 9 de la LRE *“La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”*.

El primer párrafo del artículo transcrito reconoce como fuente al artículo 1112 del Código de Vélez.

En cuanto atañe al CCyC su art. 1766, conservó parte de la redacción del anterior art. 1112⁹⁴) pero estableció que la materia se rige *“por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”*.

Si bien se mira, el art. 9 de la Ley 26.944 no altera la regulación diseñada por Vélez Sarsfield (art. 1112), ni la proyectada por la Comisión Lorenzetti (art. 1765⁹⁵), ni la

⁹³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, (Dirección Marcelo Bruno dos Santos), FDA, Buenos Aires, 2014, t. 2, p. XIX-1 (675); quien agrega; *“que el Estado responda, está bien; que nos hagamos los distraídos de quiénes son los verdaderos causantes del daño es un acto de suicidio colectivo, sobre todo cuando la responsabilidad del Estado también termina siendo muy complicada y larga de materializar...”* (p. XIX-6 – 680).

⁹⁴ CC, art. 1112: *“Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”*.

⁹⁵ Proyecto de la Comisión, art. 1765: *“Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que*

establecida en el Código unificado (art. 1766⁹⁶). En definitiva si la acción u omisión del empleado puede ser calificada de “irregular”, se supone que se ha desempeñado “*incurriendo en culpa o dolo*”, recaudo que constituye un principio general en la materia⁹⁷. Por otra parte resulta obvio que la conducta activa u omisiva dañosa debe desplegarse en el ejercicio de las funciones encomendadas al empleado, sean legítimas o aparentes, ocasionales o permanentes, gratuitas o remuneradas⁹⁸ y que deben estar presente el nexo causal entre la acción u omisión y el perjuicio sufrido, tal como lo prevén los artículos 1726 del CCyC y 3 inc. “c” de la LRE.

El transcripto art. 9 de la Ley 26.944 prevé un plazo único de prescripción, de tres años, para el ejercicio de la acción indemnizatoria por parte de la víctima del hecho o acto irregular y para la acción de repetición que titulariza el Estado en caso de haberse visto obligado a compensar al particular. El plazo de 3 años es coincidente con el establecido en el segundo párrafo del art. 2561 del Código Civil y Comercial.

Consideramos que, toda vez que el vínculo entre el Fisco y el agente es de naturaleza contractual, el plazo de prescripción de la acción de repetición debería ser el de cinco años establecido en el artículo 2560 del CCyC.

V – La cuestión en la Provincia de Buenos Aires.

Como hemos visto el Código Civil y Comercial ha estatuido su inaplicabilidad en materia de responsabilidad del Estado y de sus agentes, remitiendo la cuestión a la regulación local (arts. 1764 a 1766). Como es natural tampoco resulta de aplicación en el

implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes”.

⁹⁶ CCyC, art. 1766: “Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”

⁹⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, (Director Marcelo Bruno dos Santos), FDA, 1ª edición, 2014, t. 2 p. XIX - 23.

⁹⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, (Director Marcelo Bruno dos Santos), FDA, 1ª edición, 2014, t. 2 p. XIX – 14.

ámbito provincial la Ley 26.944, sin perjuicio de la invitación a reproducir sus términos efectuada en su art. 11. De cualquier manera, y aunque resulte una obviedad, la circunstancia de que el CCyC prohíba su aplicación directa o subsidiaria en los casos en que se discuta la responsabilidad estatal, no impide el uso de la analogía (expresamente previsto en su artículo 2) ni, por añadidura, la invocación de lo establecido respecto de la responsabilidad entre personas privadas. Sin perjuicio de ello conviene recordar fuentes locales útiles para responsabilizar al Estado provincial y municipal por los daños ocasionados con su conducta omisiva, que se suman –naturalmente– al principio general de derecho que veda dañar al prójimo y a la protección del derecho de propiedad.

Liminarmente señalaremos que el artículo 166 de la Constitución local estatuye que *“los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”*.

En idénticos términos se pronuncia el artículo primero del Código Procesal Administrativo (Ley 12.008, B.O. 3.11.1997 y sus modificatorias), al establecer que *“corresponde a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código”*. A su turno el art. 12 del CPA, al enunciar las posibles pretensiones del demandante, incluye *“el resarcimiento de los daños y perjuicios causados”* (inc. 3º).

La responsabilidad personal de los agentes públicos, por su parte, aparece expresamente reconocida en el artículo 57 de la Constitución Provincial: *“Toda ley, decreto u orden contrario a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las*

indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado”.

Toda esta normativa puede llevar a la creencia que la responsabilidad del Estado (en general y también como consecuencia de su conducta pasiva) funciona

VI – Omisión y corrupción.

El carácter irrenunciable de la competencia, siempre otorgada en beneficio de la comunidad y no para satisfacer aspiraciones personales, impone a los funcionarios estatales hacer, realizar, impulsar y promover con todos los medios a su alcance las conductas activas oficiales vinculadas con la atención de los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico⁹⁹. En este marco resulta claro que desarrolla una conducta repudiable aquel agente que debe actuar o decidir y no lo hace con el fin de obtener con su inacción o pasividad un beneficio personal o de terceros¹⁰⁰.

Los ejemplos son numerosos pero consideramos que el ámbito más propicio para esta ilegalidad es el ejercicio del poder de policía en todas sus variantes (seguridad, tránsito, medio ambiente, salubridad, economía, tributos). Dejar de infraccionar a quien viola un deber jurídico, propiciando la anomia y generando toda clase de padecimientos a la población, responsabiliza al Estado y al agente obligándolos a indemnizar los perjuicios ocasionados a terceros. Y, asimismo, acarrea consecuencias en el plano disciplinario-administrativo y

⁹⁹ Es la abarcativa expresión del art. 13 del Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires al regular la legitimación procesal activa.

¹⁰⁰ Ya hemos adherido en otras oportunidades a la definición de “corrupción” proporcionada por Carlos Nino: *“conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple en forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento”* (Botassi, Carlos, *El Derecho frente a la corrupción política*, J.A. 2002-I-1029 y *Ética, Administración Pública y corrupción*, en Lamoglia, Marcelo / Rodríguez García, Nicolás –Directores-, *Administración Pública & corrupción*, Scotti Editora – Zavalía, Buenos Aires, 2017, p. 61).

penal¹⁰¹. Para que las exacciones ilegales cuenten con terreno fértil resulta esencial poner toda clase de trabas y exigencias burocráticas que, a despecho de su inutilidad, conviertan la gestión empresarial en una carrera de obstáculos¹⁰². Una forma de sortearlos ha sido, históricamente¹⁰³, el pago de sobornos.

¹⁰¹ Ver Domenech, Ernesto E., *La corrupción en una sociedad anómica*, en Lamoglia, Marcelo / Rodríguez García, Nicolás (Directores), *Administración Pública & corrupción*, Scotti Editora – Zavalía, Buenos Aires, 2017, p. 134.

¹⁰² Ampliar en Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, con presentación de Eduardo García de Enterría; Nieto, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997; Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Cuadernos Res Pública Argentina, Edición es RAP, Buenos Aires, 2007, con prólogo de Agustín Gordillo.

¹⁰³ Ver la magnífica investigación de Fucito, Felipe, *Algunas consideraciones sobre corrupción desde la sociología jurídica y la historia nacional*, en Lamoglia – Rodríguez García (Directores), cit., págs. 157 y sigs., especialmente p. 185 y nota 43.

Nuevamente sobre la Responsabilidad del Estado, el Código Civil y Comercial de la Nación y ¿el Mito de Sísifo?

Por Ernesto N. Bustelo

“Los dioses habían condenado a Sísifo a rodar sin cesar una roca hasta la cima de una montaña desde donde la piedra volvía a caer por su propio peso” (“El mito de Sísifo”, Albert Camus)

I. Planteo del tema.

A raíz de la presentación en el año 2016 de un proyecto de ley por medio del cual nuevamente se propone incluir en el Código Civil y Comercial la regulación de la responsabilidad del Estado¹⁰⁴, se ha reeditado una antigua polémica de índole meramente

¹⁰⁴Se hace referencia al proyecto de ley presentado en el Congreso de la Nación por el Diputado Nacional Julio Raffo, que tramita en el expediente N° 1477-D-2016 y que contiene las siguientes disposiciones: "ARTÍCULO 1° - Sustitúyense, en el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994 el texto de los siguientes artículos: 1.- El texto del ARTÍCULO 1764 por el siguiente: *"ARTÍCULO 1764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño"*. 2.- El texto del ARTÍCULO 1765 por el siguiente: *"ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes"*. 3.- El texto del ARTÍCULO 1766 por el siguiente: *Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro"*. ARTÍCULO 2°.- Agréguese al Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, como Artículo 1765 bis el siguiente texto: *"ARTÍCULO 1765 bis.- La responsabilidad del funcionario y del empleado público se determinará de conformidad con lo establecido por el Artículo 1725 de este Código. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial"*. ARTÍCULO 3°.- De forma". Cabe recordar que en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, elaborado por la Comisión Redactora creada por Decreto N° 191/11 y que fuera integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, también se habían incluido disposiciones similares que luego fueron modificadas por el Poder Ejecutivo al remitir el Proyecto al Congreso. En efecto, en la Sección 9ª, la Comisión Redactora había incluido, entre los supuestos especiales de responsabilidad, las siguientes disposiciones: *"ARTÍCULO 1764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño"*. ARTÍCULO 1765.- *Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u*

“formal” o “competencial”, cual es si la regulación del instituto debía ser incluida en aquél cuerpo de derecho privado o si, por el contrario, podían dictarse normas de derecho público local estableciendo dicho régimen¹⁰⁵.

Estadiscusión, cabe destacarlo, ha vuelto a plantearse en momentos en que la misma podría haberse considerado superada, ello al menos, aunque más no fuese para dar paso a aquél debate que verdaderamente pareciera tener que darse, cual es, el que remite al análisis del régimen sustantivo al cual debe estar sometido el instituto.

Llama la atención en este sentido, que la insistencia en volver sobre aquella antigua discusión no venga acompañada de modificaciones sustanciales en el régimen que -en su caso- justifiquen, como en cualquier caso, introducir una modificación legislativa.

omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes. ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”. El Poder Ejecutivo Nacional no mantuvo la regulación propuesta por la Comisión Redactora, sino que modificó la redacción de los artículos destinados a regular el instituto, en los siguientes términos: “ARTÍCULO 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

¹⁰⁵ Cabe remitirse al análisis que se ha realizado de esta discusión, entre otros, en los siguientes trabajos: BUSTELO, Ernesto N., “Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en materia de Responsabilidad del Estado a la luz de los precedentes de la Corte Federal”, *Responsabilidad del Estado*, AA.VV., ABERASTURY, Pedro –Director-, AbeledoPerrot, Bs. As., 2007, pág. 544; “Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio”, en *Estudios de Derecho Administrativo XII – Jornadas sobre responsabilidad del Estado en homenaje a Osvaldo Pritz*, Ed. Diké – Foro de Cuyo, Mendoza, 2005, pág. 33; “Responsabilidad de los entes reguladores”, *Servicios Públicos y organismos de control*, AA.VV., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2006, pág. 269.

Ello fundamentalmente si se tiene en consideración que en el terreno jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado sentencia en la causa “Barreto”¹⁰⁶ en el año 2006 y que en el plano normativo el Congreso Nacional ha sancionado la Ley 26.944 en 2014 regulando el instituto en el orden federal, inclinándose en consecuencia, de manera muy reciente, tanto el Máximo Tribunal como el legislador nacional, por aquella interpretación conforme la cual, tanto la Nación como las provincias, cada una en su ámbito, son competentes para dictar normas sobre la materia, o su contracara, que la regulación del instituto no corresponde que se sea incluida en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)¹⁰⁷.

El modesto objetivo que se persigue por tanto al efectuarse estas breves reflexiones no es otro que el de analizar si, a más de dos años del dictado de la Ley 26.944 y del nuevo CCCN, y a más de diez años del dictado de “Barreto”, resulta en definitiva acertado, conveniente o aconsejable trasladar la regulación del instituto al CCCN.

Con tales miras, en este trabajo se tratarán cuestiones que aparecen como relevantes a los fines de abordar la línea de análisis que se ha fijado:

- La primera es la referida a la posibilidad o imposibilidad de aplicar “analógicamente” las disposiciones del CCCN luego del dictado de la Ley 26.944 por la Nación y de sus propias normas por parte de algunas provincias.

¹⁰⁶CS, “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro”, sentencia del 21 de marzo de 2006.

¹⁰⁷Respecto de los alcances que corresponde atribuir a la decisión legislativa de no incluir la regulación de la responsabilidad del Estado en el Código Civil –no sólo la de las provincias y la CABA, sino tampoco del Estado Nacional–, puede ampliarse en BUSTELO, Ernesto, “La responsabilidad del Estado en debate: ¿no nos estaremos haciendo las preguntas equivocadas?”, <http://www.dpicuantico.com/wp-content/uploads/2014/04/2.6.1doctrina.pdf>; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., “El Estado es responsable con o sin Código Civil nuevo”, www.gutierrezcolantuono.com.ar/publicaciones; ROSATTI, Horacio, “Competencia para legislar sobre Responsabilidad del Estado en la Argentina”, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ROSATTI, Horacio –Director–, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 22.

- La segunda es la relativa a la conveniencia o inconveniencia de trasladar la regulación del instituto al CCCN.

II.Posibilidad de aplicar analógicamente el Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 1 de la Ley 26.944, en su párrafo tercero, dispuso que las “disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, habiéndose incluido una disposición similar en el artículo 1764 del CCCN¹⁰⁸.

Esta prescripción, que en caso de efectuarse una lectura rápida puede generar alguna sensación de sorpresa e incluso de rechazo¹⁰⁹, en modo alguno puede y debe interpretarse en el sentido de que las normas del derecho privado no resulten aplicables en ningún caso, debido a que, tal como lo explicara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso “Barreto”, ninguna duda existe respecto de que podrá acudirse a sus disposiciones por vía “analógica”, ello en aquellos supuestos en los cuales se advierta la existencia de supuestos no regulados, los cuales, cabe destacarlo, efectivamente existen en el orden nacional aún luego de la entrada en vigencia de la Ley 26.944.

Así, por ejemplo, podrá acudirse a las previsiones destinadas a reglar la responsabilidad derivada de la intervención de las cosas o actividades riesgosas -contenida en el artículo 1757 del CCCN, anterior artículo 1113 del Código Civil (CCiv.)- en aquellos casos en los que se encuentre en tela de juicio la responsabilidad del Estado por riesgo o por los bienes del dominio público de los cuales aquél se sirve o tiene a su cuidado, supuestos éstos que no han sido específicamente regulados por la Ley 26.944¹¹⁰.

¹⁰⁸ Dispone esta norma: *“Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*.

¹⁰⁹PARELLADA, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ROSATTI, Horacio –Director-, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2014, pág. 55. El autor afirma que esto importa romper la unidad sistémica del orden jurídico.

¹¹⁰BUSTELO, Ernesto N., “Responsabilidad del Estado. Ley 26.944”, *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, AA.VV., CICERO, Nidia Karina (Directora), La Ley, Bs. As., 2015, pág. 912 y sgtes.

Pero en estos casos, como ya se ha dicho, debería acudir a las normas de derecho privado haciendo uso de la técnica de la analogía, como también se dijo, siempre y cuando las situaciones puedan considerarse verdaderamente análogas.

La disposición se muestra entonces, en primer lugar, coherente con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Barreto”, ya que de la misma se desprende la posibilidad de que, ante la ausencia de norma específica de derecho público que regule el caso, eventualmente se proceda a integrar los vacíos legales acudiendo a la aplicación de normas del derecho privado¹¹¹.

En segundo término, cabe destacarlo, esta disposición por la que se veda la aplicación directa o subsidiaria del CCiv. permite evitar e incluso superar los inconvenientes que, tanto con anterioridad como luego del dictado de la Ley 26.944, se ha advertido que podrían generarse en caso de aplicarse en forma “directa” e indiscriminada las normas de derecho privado a todos los casos en los que el Estado produce daños desplegando su actuación en el ámbito del derecho público.

En efecto, en caso de que se interpretara que el Código Civil es el cuerpo normativo que debe regir en esta materia, tal como lo propicia un autorizado sector de la doctrina incluso antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, lo cierto es que sus disposiciones resultarían de aplicación directa a todos los supuestos que se presenten y que quedaran comprendidos en la regulación de derecho privado.

Admitir esta solución obligaría a considerar sin más aplicable –o al menos a preguntarse si resulta sin más aplicable–, por ejemplo y entre otras disposiciones, la norma contenida en el art. 1757 del CCCN/1113 CCiv., respecto de “todos” los bienes del dominio público que titulariza el Estado, y en “todos” aquellos casos en los que el daño se haya producido en un bien de ese carácter, ampliando sin límites y muy probablemente de modo irrazonable los supuestos en que el Estado debe considerarse obligado a responder, no

¹¹¹ Considerando 12.

pudiendo dejar de tenerse presente que el Estado es titular, entre muchos otros bienes dominiales, de los ríos, las calles, las plazas, los parques, las playas y el mar territorial¹¹².

Es muy probable que por ello haya ocurrido que, previo al dictado de la Ley 26.944, la Corte Federal acudiera a las normas de derecho privado sólo en determinados casos puntuales, invocando por principio el art. 1112 del CCiv. -aunque aplicando esta norma por vía subsidiaria-, para poder brindar un fundamento positivo a la teoría de la falta de servicio – factor de atribución que se ha positivizado en el artículo 4 de la Ley 26.944-, lo cual no impedía que, por excepción, acudiera a la disposición contenida en el artículo 1113 CCiv., actual artículo 1757 CCCN.

Esta manera de tratar la cuestión por parte del Alto Tribunal difícilmente pueda considerarse casual, sino más bien pragmáticamente impuesta como consecuencia de la necesidad de delinear, respecto de la responsabilidad del Estado, un régimen razonable, armónico y coherente.

Un claro ejemplo de lo expresado lo constituyen las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo, en casos en los que se condenó al Estado a reparar los daños causados con intervención de cosas bajo su guarda o dominio¹¹³ o por la muerte ocasionada a una menor que fue embestida por un patrullero¹¹⁴.

Y este particular modo de fundar positivamente sus decisiones fue objeto de especial tratamiento al dictarse sentencia en el caso “Morrow de Albanesi”¹¹⁵, caso en el cual el Estado Nacional cuestionaba ante el Alto Tribunal el fundamento positivo utilizado en una sentencia de Cámara que, aplicando el artículo 1113 del anterior CCiv., lo había condenado a

¹¹²Puede compulsarse, a los fines de advertir los inconvenientes que generaría la aplicación de estas normas a la administración y el particular tratamiento que le ha dado la jurisprudencia, AMENÁBAR, María del Pilar, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2008, pág. 471.

¹¹³ CS, Fallos, 315:2834, Pose; Fallos, 317:144, Bullorini.

¹¹⁴ CS, Fallos, 326:1299, Valle.

¹¹⁵ CS, Fallos, 333:1404.

indemnizar a los familiares de una persona que viajaba formando parte de una comitiva en un auto oficial y que había fallecido en un accidente vial protagonizado por el vehículo.

Los Ministros Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Highton de Nolasco y Argibay consideraron que asistía razón al Estado Nacional en su planteo, resolviendo el caso por aplicación de la idea de la falta de servicio –art. 1112, CCiv-, criterio éste último que también plasmaron en sus votos los ministros Lorenzetti y Fayt, aunque con la diferencia de que estos últimos se limitaron a recordar que, como lo ha dicho la Corte Suprema en reiteradas ocasiones, la aplicación de la idea de falta de servicio no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al CCiv.

Lo cierto es que la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil, ha permitido a la Corte Suprema superar los inconvenientes exegéticos que podría haber generado –y puede generar- en muchos casos, la aplicación “directa” e indiscriminada de aquél cuerpo normativo a “todos” los supuestos que se presentan en la práctica, razón por la cual, no sólo parece razonable seguir manteniendo aquél criterio respecto de los daños que ocasionen las provincias o la CABA –ante la falta de regulación-, sino también el Estado nacional en aquellos aspectos o ámbitos de su actuación que no han sido regulados por la Ley 26.944.

Sin embargo, cabe destacar que tampoco sería razonable aplicar el artículo 1757 CCCN/1113 CCiv. a todos los casos de daños producidos por el uso de bienes del dominio público que titulariza el Estado nacional, por el simple hecho de que en la Ley 26.944 o en las normas locales no se haya regulado este supuesto. En tales casos parece prudente analizar si resultaría razonable aplicar aquella norma al Estado, sobre todo teniendo en cuenta si las situaciones son verdaderamente análogas a las regidas por el derecho privado.

Cabe destacar para finalizar este punto que, ante la apuntada ausencia de regulación específica de derecho público, en rigor, tanto en la Nación como en las provincias y la CABA correspondería acudir en primer término a otras normas de derecho público que regulen situaciones análogas y sólo en ausencia de estas luego a las del derecho privado.

III. Inconveniencia de regular el instituto en el Código Civil.

Todo lo antedicho pone de manifiesto la inconveniencia de trasladar e incluir en el CCCN la regulación del instituto.

A ello debe añadirse que en caso de incluirse en dicho cuerpo normativo las disposiciones que en su momento propusiera incorporarse en el Proyecto elaborado por la Comisión Redactora del CCCN, resultaría más difícil admitir la posibilidad de aplicar la previsión contenida en el artículo 1757 CCCN –art. 1113, CCiv.–, debido a que la responsabilidad del Estado estaría regulada como una responsabilidad específica y sujeta a reglas particulares.

También los interrogantes que plantea la posibilidad de aplicar al Estado las previsiones contenidas en los artículos 1711 y sptes. del CCCN, en tanto de las mismas se desprende la posibilidad de que los jueces puedan ordenar medidas a los fines de prevenir la producción o agravamiento de los daños, ello fundamentalmente en relación con la eventualidad de que jueces del fuero civil y comercial puedan convertirse en los hechos en revisores de la legitimidad de la actividad estatal, en toda causa canalizada como demanda preventiva de daños, no pudiendo dejarse de tener en consideración que la casi totalidad de la actuación del Estado puede producir algún daño a los particulares.

Piénsese, sólo a modo de ejemplo, los daños económicos que podría ocasionar a los propietarios de un negocio una orden de clausura dispuesta por razones de salubridad. ¿Es razonable suponer que un juez con competencia en lo civil y comercial puede ordenar cautelarmente –en el marco de una acción de daños y perjuicios– la suspensión de los efectos de una medida de esta naturaleza para evitar la producción o el agravamiento de los daños, poniendo el foco de su atención en la prevención de los posibles daños y no en el análisis de la legitimidad del accionar estatal?

Podría seguirse con los ejemplos, pero en rigor, el único propósito que se persigue al efectuar estas consideraciones, es el de poner de resalto cuáles serían algunos de los serios reparos que se generarían desde el punto de vista del régimen jurídico al cual se sometería al

deber estatal de responder en caso de incluirse en el CCCN, no pudiendo dejar de destacarse, finalmente, la grave afectación que tal inclusión representaría, además, respecto del régimen federal y las autonomías provinciales.

En este sentido, cabe destacar que la posibilidad de que cada provincia pueda dictar sus propias normas en esta materia, ha sido cuestionada afirmando que ello sería pasible de reparos de índole constitucional, por implicar supuestamente una violación al principio de igualdad.

No puede, sin embargo, dejar de advertirse que ello es lo que ocurre con las restantes instituciones de derecho público, como la expropiación, obras públicas, limitaciones administrativas a la propiedad, acto y contrato administrativo, por mencionar los ejemplos más salientes, sin que ello conduzca a afirmar que, dadas las diferentes regulaciones locales, el Congreso tenga que proceder a “unificar” las mismas para no violar la igualdad, y, menos aún, que deba hacerlo en un Código Civil y Comercial Unificado, a lo que debe añadirse que el fundamento en el que se apoya no ya sólo la “posibilidad”, sino la “necesidad” de que las jurisdicciones locales mantengan su competencia para regular estas materias, es de índole estrictamente constitucional, y surge de las disposiciones contenidas en los artículos 75 inciso 12, 121 y 126, los cuales rara vez son mencionados en el análisis de estos temas.

Por lo demás, la sólida jurisprudencia que pretorianamente ha establecido durante décadas la Corte Federal en esta materia, permite descartar de plano el peligro de que las regulaciones provinciales violen principios constitucionales al limitar su responsabilidad o que las mismas lleguen a ser tan disímiles, advirtiéndose incluso que las normas que han ido dictando las provincias son en muchos aspectos más tuitivas que las contenidas en la Ley 26.944 e incluso en el Anteproyecto de CCCN elaborado por su Comisión Redactora.

De hecho, la regulación que contenía el proyecto de Código Unificado elaborado por la Comisión Redactora y las disposiciones de la Ley 26.944, demuestran que no ha sido sino desde el propio Congreso, desde donde se ha pretendido limitar, por ejemplo, la responsabilidad del Estado por acto lícito, contrariando la doctrina que surge de la

jurisprudencia actual de la Corte Suprema (“El Jacarandá”¹¹⁶), al limitarse el alcance de la indemnización al daño emergente y excluyendo el lucro cesante.

Y no solo contrariando la doctrina sentada desde “El Jacarandá”, sino también la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos pronunciamientos¹¹⁷, e incluso el criterio sentado por la Corte Suprema al descalificar sistemas tasados de reparación cuando involucran valores extra patrimoniales (causas “Aquino”¹¹⁸ y “RodríguezPereyra”¹¹⁹), bajo el paradigma de que el hombre es el centro del sistema jurídico, al cual este último debe servir, destacando la necesidad de una reparación plena en supuestos en que había sido lesionada la integridad psicofísica del individuo, con fundamento en disposiciones constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos (“Aquino”).

Pues bien, contrariamente a lo que ocurre en el orden federal, las pocas normas que han dictado las provincias –así como también algunos proyectos en trámite- prevén regulaciones más tuitivas que la sancionada por el legislador nacional, resultando un claro ejemplo de ello la Ley 8968 de Mendoza, en cuyo artículo 10, si bien limita por principio en estos casos la indemnización al daño emergente, deja a salvo los casos en los cuales se encuentren en juego derechos fundamentales tales como la vida, la salud o la integridad física de las personas.

Dispone en su parte pertinente esta norma:

¹¹⁶ CS, *Fallos*, 328:2654, sentencia del 28/7/05, en la cual sostuvo –si bien por mayoría y con la disidencia de Highton de Nolasco- que “la extensión del resarcimiento debe atender a las características particulares de cada situación”, no existiendo “como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante”, criterio luego mantenido en otros precedentes (V.gr. *Fallos*, 332:1367).

¹¹⁷ Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), esp. par. 46; ver también la sentencia del 17 de agosto de 1990 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas).

¹¹⁸ *Fallos*, 327:3753.

¹¹⁹ CS, sentencia del 27/12/2012, LL 2012-F-559.

“No procede la reparación del lucro cesante causado por actividad legítima, ni se tendrán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños”.

Sin perjuicio de destacar que resulta ciertamente cuestionable la limitación establecida, incluso cuando se prevean estas salvedades, lo cierto es que esta norma permite comprobar que el legislador local en muchas oportunidades es más respetuoso de los derechos en juego que su par nacional.

Por lo demás, resulta difícil de comprender que en el tratamiento de estos temas, pocos se pregunten seriamente si la inclusión del instituto en el Código Unificado violaría el régimen federal y las autonomías locales, cuestión central ésta que llamativamente parece dejarse de lado en el análisis.

Desde una perspectiva hermenéutica diversa a la expuesta precedentemente, cabe destacar que sería parcial un análisis de estos temas que desconociera que un autorizado sector de la doctrina –quizás mayoritario- postula que la responsabilidad del Estado debe efectivamente regirse por las normas contenidas en el Código Civil¹²⁰, pero lo que interesa particularmente poner aquí de resalto, es que no parece razonable admitir que no se brinde una respuesta convincente a una pregunta que todos debiéramos hacernos a conciencia, cual es si un régimen uniforme establecido por el Congreso para todo el país no violaría el régimen federal, ello al menos como modesto homenaje a todos aquellos que en épocas fundacionales de nuestro país dieron su vida por defender las autonomías locales y evitar la instauración de un régimen unitario.

¹²⁰ Por todos ver CUADROS, Oscar Á., *Responsabilidad del Estado*, AbeledoPerrot, Bs. As., 2008. El autor propicia la aplicación a la responsabilidad del Estado de la que denomina teoría de la “pertinencia normativa”, en base a la cual afirma que el régimen de la responsabilidad previsto en el Código Civil para las personas jurídicas resulta de entera aplicación al Estado, sosteniendo que el deber de responder se funda en un factor de atribución “indirecto” y “objetivo”, en mérito a su condición de persona jurídica..

A mi entender, resulta bastante claro que la inclusión del instituto en el CCCN violaría el régimen federal, pero aún admitiendo que la cuestión sea objeto de interpretaciones disímiles, lo que bajo ningún aspecto parece poder admitirse, es que se oponga e invoque un argumento relacionado con el principio de igualdad que en definitiva, en caso de admitirse, no implicaría sino otra cosa que la partida de defunción del federalismo, en tanto no existiría en adelante razón para evitar que se aplique al resto de las materias cuya regulación las provincias se han reservado y no han delegado expresamente¹²¹.

Esto último en modo alguno puede interpretarse como una negativa a reconocer la probable conveniencia que se derivaría de una regulación que tendiese a ser uniforme en todas las provincias, pero ello sólo parece poder predicarse como simple expresión de deseos, o de legeferenda, pero jamás sustrayendo solapadamente competencias reservadas por las provincias desde 1853/60, desnaturalizando el reparto de competencias constitucionalmente establecido.

Un breve comentario final. Si el verdadero propósito que se persigue al pretender incluir al instituto en el CCCN es que el Estado “responda” por los daños que cause a los particulares, lo que debería preocupar seriamente y de manera prioritaria, no sólo hoy, sino desde hace años al Congreso, es el régimen actualmente vigente en el orden federal en materia de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional, que lo coloca en una situación de virtual irresponsabilidad.

La pregunta surge de inmediato: ¿es razonable discutir tanto la ubicación de la regulación del instituto en tal o cual cuerpo legal, así como también quién debe efectivamente legislar en la materia, sin ocuparse previamente de remover los serios obstáculos procesales establecidos normativamente por el propio Congreso a los fines de ejecutar una sentencia contra el Estado Nacional?

La falta de una adecuada respuesta a este interrogante es lo que desde hace algunos años genera que el Estado Nacional hoy sea virtualmente irresponsable, situación ésta que

¹²¹ Así se destacó en BUSTELO, “La responsabilidad del Estado en debate...”, cit.

difiere bastante de la realidad que se presenta en las provincias, en las cuales no existen normas que generen semejante estado de cosas.

IV. Conclusiones.

Todas las consideraciones efectuadas precedentemente conducen a sostener que no resultaría conveniente, ni constitucionalmente admisible incluir la regulación de la responsabilidad del Estado en el CCCN.

No se trata sólo de una cuestión de régimen jurídico, sino más bien, y fundamentalmente, de tratar de salvar los últimos restos que quedan del Federalismo que idearon nuestros constituyentes.

Quizás sea el momento de no volver a comenzar a hacer rodar nuevamente la roca hacia la cima. Quizás sea el momento de tratar de ver el panorama completo que exhibe el instituto, el que sólo puede percibirse desde la cima, y de una buena vez por todas, ocuparse de las discusiones de fondo, de modo que aquellos que se ven perjudicados por la actuación estatal, tengan a su disposición un régimen que regule el instituto de modo integral y razonable.

LA ÉTICA DE LA IDONEIDAD

La ética pública y el rol de los operadores jurídicos

Por Julio Conte-Grand

1. Las bases del sistema de gobierno.

El pensamiento clásico, con los condicionamientos propios de tiempo y lugar, describió a la aristocracia como la mejor forma de gobierno. Etimológicamente, se trata del gobierno (*kratos*) de los mejores (*aristos*).

En la modernidad, se consolidó la incorporación de aspectos atinentes a la organización, orientados a garantizar la participación del pueblo en las decisiones mediante la elección de sus representantes, asegurar un ejercicio equilibrado, y a su vez condicionado, del poder, y garantizar los derechos de las minorías.

Así es que nuestra Constitución Nacional histórica incorporó en su artículo 1 una definición categórica en cuanto a que la República Argentina adoptaba para su gobierno el sistema representativo, republicano y federal.

La norma se reitera en las Constituciones provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En lo que aquí importa, el sistema institucional se sustenta en un régimen de representación, aspecto ineludible considerando la imposibilidad fáctica de que el conjunto de la población asuma la gestión de gobierno y adopte las decisiones propias de la acción del Estado¹²².

¹²² Si bien no es materia del presente trabajo, cabe mencionar que la reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones en el sistema representativo de gobierno al incorporar a la Constitución Nacional la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40) —ambas formas de democracia semidirecta—,

Cabe recordar que en el art. 2 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires se indica que “todo poder público emana del pueblo”.

El pueblo, entonces, será representado por quienes resulten elegidos mediante los procedimientos que se establezcan al efecto, asegurando la participación libre en los mecanismos electivos.

Por otra parte, el último párrafo del art. 11 de dicha Constitución reza: “...Es deber de la Provincia promover [...] la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social”.

Así las cosas, un interrogante central es cuáles serán los requisitos exigibles a los representantes. La norma constitucional nacional es conceptualmente clara. Dice el artículo 16 que en la Nación Argentina “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

En consecuencia, la cualidad genérica que cabe reclamar de todo representante del pueblo, cualquiera sea la función o área en la que se desempeñe, es su idoneidad.

Conjugando el mandato constitucional y la concepción política clásica, cabe postular entonces que los mejores serán los idóneos, los aptos para la función o cargo a desempeñar.

En palabras de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires:

“[...] es claro que se halla en juego la inteligencia del principio consagrado en el art. 16 de la Constitución de la Nación y el derecho que de tal precepto se deduce, en cuanto determina que “... todos los habitantes ... son iguales ante la ley” y “... admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”, cuyo correlato local es el art. 11 de la Constitución de la Provincia, que también garantiza la igualdad ante la ley y el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que expresan en el ordenamiento constitucional

provincial, a todos los habitantes de la Provincia, y repudia las "... distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de ... nacionalidad, lengua ... o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales". En adición, y en lo pertinente, concurre a la solución de la controversia de autos —en los términos infra referidos, y, ap. 13— la consideración y extensión aplicativa del sistema normativo concerniente a la protección internacional de los derechos humanos (doctr. arts. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2.1, 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1.1, 20.3 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”¹²³.

2. Perfilando el recaudo de la idoneidad a partir de la apreciación del contenido sustancial de las diferentes dimensiones del trabajo humano.

Como sucede con las distintas manifestaciones del ser humano, el trabajo puede ser apreciado en diversas dimensiones.

Esta circunstancia, que responde a un dato cognoscitivo elemental, se transforma en una exigencia epistemológica ineludible como consecuencia del principio hermenéutico de la subalternación de los saberes.

Por ambas razones, en rigor, el trabajo debe ser considerado en perspectivas que se articulan conceptualmente y permiten su comprensión acabada, en sustancia.

En una dimensión teológica, el trabajo ha sido considerado como un reconocimiento del señorío del hombre sobre el resto de la creación, pero en términos paradisiacos acordes con el orden determinado al inicio de los tiempos.

¹²³ SCBA, “Gerez, María Cecilia contra Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo”, 19/12/2007, Voto del Dr. Soria, Considerando 2.

En la concepción cristiana el asunto se encuentra definido en el Antiguo Testamento en términos muy claros: “Dios puso al hombre en el jardín del Edén para que lo cuide y lo cultive”¹²⁴.

En este sentido trabajar es un mandato de Dios para que el hombre actúe sobre la naturaleza, transformándola y protegiéndola.

Una descripción amplia del concepto de cultura refiere, precisamente, al obrar del hombre sobre la naturaleza, y ello se concreta a partir del trabajo, que no es sólo material sino también intelectual y, en verdad y en algún sentido, siempre ambos a la vez.

El trabajo como carga, como esfuerzo, como especie de castigo, es ulterior en la cosmovisión cristiana. Surge por razón del pecado original, que corrompe al hombre y que hace que el varón sea sometido a ganar el pan con el sudor de la frente¹²⁵. Esta visión posterior del trabajo como sacrificio es algo que debe interpretarse como referencia de valoración ya que lo que produce dolor y fatiga coadyuva, bien entendido, a la perfección del ser humano. De hecho, siempre en esta perspectiva, el ser humano está convocado a alcanzar la santidad por el trabajo ordinario.

De otro lado, en la perspectiva económica, el trabajo es fuente del valor de los bienes y los servicios de acuerdo a una postura objetiva de la noción del valor económico que reconoce en el trabajo socialmente acumulado lo que lo genera.

Es una visión, a mi juicio, superadora de la tesis subjetiva —en sus dos facetas genéricas de valor de uso o valor de cambio— y la objetiva que limita la fuente del valor al trabajo individual.

¹²⁴ Génesis 2,15.

¹²⁵ Génesis 3,19,

De este modo se identifica, de manera científicamente inobjetable, al trabajo con el núcleo de toda actividad económica, poniendo el eje en la producción, principal etapa del proceso económico (producción, distribución y consumo de bienes y servicios).

En rigor la tesis de que el valor económico está representado por el trabajo socialmente incorporado a los bienes y servicios agrega el dato social como consustancial al trabajo y a la fuente generadora de valor económico, incluyendo en el análisis el costado social que califica al ser humano antropológicamente.

En tal sentido, a nivel social el trabajo es un instrumento básico de la organización, clave para la sociabilidad y pauta elemental de disciplina en la vida cotidiana. El trabajo ordena, dignifica al ser humano y es factor de cohesión social.

También el trabajo tiene una dimensión jurídica.

En efecto, si el derecho, en su acepción propia como analogado principal, es lo justo, lo adecuado o ajustado a otro conforme cierta especie de igualdad (proporcional o estricta), el trabajo se concreta mediante una relación entre personas o grupos de personas que realizan las tareas o se benefician de ellas.

En tanto relación fundada en una especie de justicia particular (esencialmente conmutativa, con matices distributivos por su impronta de orden público), el vínculo de empleo es, en esencia, también un fenómeno jurídico. Admitida por vía de propuesta dialéctica la definición del *jus* adoptada por la concepción clásica como una relación, una modalidad de ésta es la relación de trabajo en donde se concreta la prestación de un servicio a cambio de una retribución, su naturaleza básicamente conmutativa exige que esta última sea justipreciada.

Esta apreciación permite otorgar máxima consistencia sapiencial a la vinculación entre derecho y economía. En efecto, si las relaciones entre personas y grupos de personas, en

perspectiva jurídica, se sustentan en su conmutatividad esencial por la cual debe salir de un patrimonio un valor equivalente al que ingresa, la determinación de ese equilibrio viene informado por la ciencia económica a partir de la noción de valor como trabajo socialmente incorporado.

El concepto de trabajo se constituye de esa manera en el punto de contacto entre saber jurídico y ciencia económica. Por la misma vía se da sustento a la afirmación de que el trabajo no es una mercancía y por tanto no se retribuye con un precio, ni cabe a su respecto la determinación en base al sólo impulso de la oferta y la demanda.

Cabe extenderse en la consideración del vínculo epistemológico entre derecho y economía pues su entendimiento permite comprender acabadamente las razones por las cuales los ordenamientos positivos captan un fragmento y lo connotan como jurídico¹²⁶.

El derecho y la economía son saberes, como todos, relacionados en una estructura jerárquica correlativa a grados diversos de subordinación. Esta jerarquía impone relaciones de subalternación, en función de las cuales el saber subalternado no puede violentar, contrariar o ignorar los principios fundamentales del saber subalternante¹²⁷.

Se trata de saberes íntimamente vinculados por la materia respecto de la que versan; derecho y economía aprehenden un mismo fragmento de la realidad, poseen idéntico objeto

¹²⁶ Véase Julio M. CONTE-GRAND, “Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral”, en Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz, *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2008, pp. 27-62.

¹²⁷ Véase Jacques MARITAIN, *Los grados del saber*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1978. Como explica Eduardo M. QUINTANA, “Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?”, en *El Derecho*, Tomo 150, p. 964, punto 2.2., último párrafo, “la subalternación es la relación existente entre una ciencia denominada subalternada que es tributaria en cuanto a su objeto y principios de otra denominada subalternante y que también puede relacionarse con otra ciencia por su finalidad (subalternación impropia)”. En particular sobre las relaciones de subordinación existentes entre la economía y la política en el pensamiento de Aristóteles, resulta recomendable la lectura del trabajo de Ricardo F. CRESPO, en *Revista Valores*, Centro de Estudios de la Sociedad Industrial de la Universidad Católica Argentina, N° 36, pp. 9 y sigs.

material, aunque, por definición, se distinguen en la dimensión de sus respectivos objetos formales¹²⁸.

La conducta humana, en tanto entramado de relaciones objetivas que se desenvuelven en la sociedad¹²⁹, es materia común de ambas disciplinas. La particular arista en la que es aprehendido en cada caso ese objeto material, denominada “objeto formal”¹³⁰, distingue a una de otra.

Puede advertirse que, en la dimensión de su objeto formal, el derecho predica respecto de “la propia cosa justa”¹³¹, lo adecuado o ajustado a otro conforme cierto tipo o clase de

¹²⁸ Admitiendo, como lo recuerda Carlos R. SANZ en “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, en *Prudentia Juris*, Nº XI, p.18, que “la tesis de la especificación de los saberes por el objeto se aplica de manera estricta en el campo de las ciencias especulativas”, debemos afirmar con el mismo autor que es epistemológicamente adecuado efectuar “una consideración especulativa del objeto práctico” y, más aún, con cita de Santo Tomás DE AQUINO (*Suma Teológica*, I,1,3), que la unidad o diversidad sapiencial “no se toma estrictamente del objeto material, sino de lo que llamamos objeto formal” (Cit. p.19). José M. J CRAVERO observa en “El tomismo en la filosofía contemporánea de la economía”, *Ediciones de la Universidad Católica Argentina*, 1997, p. 65, que “la ciencia económica es en parte teórica, en parte práctica y en parte productiva”. “Es teórica en cuanto especula acerca de las realidades naturales preexistentes e inmodificable que constituyen el fundamento y la esencia del orden económico, de la dimensión económica del ser del hombre. En esta dimensión los enunciados son muy genéricos. Es práctica (en el sentido aristotélico-tomista de que su objeto son actos voluntarios conscientes y libres) en cuanto se refiere a comprender y dirigir conductas propias del *homo economicus*, es decir del hombre en cuanto agente racional en sentido instrumental. Es productiva (en el sentido aristotélico-tomista de que se ordena a dirigir una acción externa productiva de cosas materiales) en cuanto se dedica a comprender y dirigir las actividades de producción de bienes y servicios económicos”.

¹²⁹ De hecho, “toda la sociedad, en sus múltiples facetas, posee un carácter eminentemente relacional”. (Rafael M. DE BALBÍN, *La relación jurídica natural*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1985. p. 25).

¹³⁰ En palabras de SANZ, cit., p.19, “aquel punto de consideración específico que cada saber recorta del objeto material, o bien si se pone en mira la luz, o nivel de inteligibilidad, desde el cual se capta el objeto”.

¹³¹ Santo Tomás DE AQUINO, *Suma Teológica*, II.II. q. 57, ad.1.

igualdad¹³²; y que la economía, por su parte, lo hace en orden a los procesos de producción de bienes y prestación de servicios, su distribución y consumo, sistematizados en descripciones objetivas y genéricas de esa realidad que se denominan “leyes económicas”¹³³.

¹³² Igualdad que será “proporcional” en la dimensión de la justicia distributiva, aquella que opera el reparto de “cargas, honores y riquezas” en la comunidad, o “estricta” en la dimensión de la justicia conmutativa, que actúa en orden a los cambios.

¹³³ Véase José A. GIMÉNEZ REBORA, *Economía y Convivencia*, Buenos Aires, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 1996, Capítulos I y II. La delimitación del objeto de la ciencia económica no es algo, vale apuntarlo, respecto de lo cual exista consenso. La versión académica más difundida, es la que, basada en las enseñanzas de la escuela marginalista y en particular el pensamiento de Lionel ROBBINS, considera que la ciencia económica tiene como objeto estudiar las actividades del hombre que se orientan a la distribución de bienes escasos y de uso alternativo (por tanto, llamados “bienes económicos”) para la satisfacción de necesidades múltiples. La actividad productiva, en esta tesis, aparece en segundo plano. Ver, Claudio NAPOLEONI, *El pensamiento económico en el siglo XX*, Barcelona, Ediciones de Occidente, 1964, Capítulo II, pp. 32 y sigs., en donde el autor examina la sistematización epistemológica de ROBBINS y el concepto de actividad económica que adopta este economista en su libro *Ensayo sobre la naturaleza y la importancia de la Ciencia Económica*, del cual, se observa, hay edición en español del Fondo de Cultura Económica, México, 1951. Explica NAPOLEONI que “profundizando en el concepto walrasiano de escasez, ROBBINS precisa cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que hacen a la acción humana susceptible de consideración económica”. Agrega que “[t]ales condiciones son cuatro: las dos primeras observan los objetivos y las otras dos los medios de la acción. La primera condición consiste en que los objetivos sean múltiples; la segunda, en que los objetivos tengan distinta importancia; la tercera, que los medios sean limitados; la cuarta que los medios sean susceptibles de usos alternativos”. Paradigmáticamente, se lee en un manual de estudio generalizado en nuestras facultades de ciencias económicas y derecho, *Curso de Economía Moderna*, de Paul SAMUELSON, 17ª ed. —cuarta reimpresión— Madrid, Ediciones Aguilar, 1978, pp. 18: “Entre muchas definiciones, la más aceptada hoy define así la economía: la elección entre usos alternativos de recursos productivos escasos para lograr los fines establecidos; qué bienes producir, cómo producirlos, y para quién, ahora y en el futuro”. Se percibe, significativamente, la inclusión de la actividad productiva como integrante de la actividad económica. Ver, como trabajo insuperable respecto de la evolución del pensamiento económico, la obra de Joseph A. SCHUMPETER, inconclusa por su fallecimiento, *Historia del Análisis Económico*, 2ª. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1982, o su más reducida, aunque igualmente destacable, *Síntesis de la evolución de la ciencia económica y sus métodos*, Barcelona, Ediciones de Occidente, 1964.

De esta suerte, quedan delimitadas las fracciones de la realidad sobre las cuales tratan el derecho y la economía, y los costados desde los que esta porción de la realidad es aprehendida.

Se admite así que existe un primer grado de relaciones entre derecho y economía, plasmado en la identidad de sus objetos materiales.

Pero la vinculación entre derecho y economía trasciende la referida identidad de objeto material, ya que, a partir de esa concurrencia esencial, de la diferenciación de sus objetos formales se proyectan consecuencias que, de un lado, explican múltiples situaciones concretas y, de otro, confirman la exactitud de la tesis que aquí se propugna. La conceptualización de sus necesariamente distintos objetos formales, conforme las descripciones que se efectuaron anteriormente, viene en definitiva a confirmar las íntimas relaciones que existen entre el derecho y la economía.

Se verá a continuación.

Sólo si la economía es entendida como disciplina atinente, en lo esencial, a la “actividad productiva” (a sus objetivas relaciones), el derecho será “la propia cosa justa”, y viceversa.

La “propia cosa justa” es, en el plano de la justicia distributiva, “igualdad proporcional en el reparto de cargas, honores y riquezas”, y, en el de la justicia conmutativa, “igualdad estricta en los cambios”¹³⁴. Por añadidura, si mediante la primera clase de justicia se distribuye “lo que hay”, conforme un criterio que pondere el bien común y la organización social, y mediante la segunda se recibe “el mismo valor de lo que se entrega”, sólo la creación de riqueza respeta “lo justo” ya que, en justicia estricta, no habrá otra manera de generar

¹³⁴ Véase ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco, Libro V.*, trad. de Patricio De Azcárate Corral, Madrid, Medina y Navarro (Biblioteca Filosófica), 1873; Tomás D. CASARES, *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pp. 34 y sigs.; Javier HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1990, pp. 53 y sigs.

riqueza que la producción de una nueva, malogrando la admisión de una ruptura en el equilibrio (v. gr., injusticia en la situación concreta).

Si el derecho, de acuerdo a la concepción realista asumida como propuesta sapiencial, como consecuencia del reparto operado por la justicia distributiva y bajo la tutela de la justicia conmutativa, es una relación objetiva fundada en un equilibrio dado, el incremento de la riqueza en un patrimonio no será admisible, conforme un criterio de justicia, por vía de una conmutación.

Ello a partir de una visión jurídica.

La visión económica lo confirma, ya que la creación de riqueza, en rigor de valor económico¹³⁵, deriva —como se dijo— de la actividad productiva sustentada en el trabajo del hombre¹³⁶.

Queda así caracterizada la sustancial relación que existe entre derecho y economía.

Es claro que “la actividad económica se ha de ejercer según su método y sus leyes propias, dentro de los límites del orden moral”¹³⁷.

¹³⁵ La noción de valor económico ha sido materia de profundos debates en la historia del pensamiento económico; desde las teorías del valor subjetivo, comprendido como valor de cambio o de uso, hasta las que lo consideran de naturaleza objetiva, determinado por el trabajo individual o socialmente incorporado a los bienes. Ver vocablo “valor”, en Claudio NAPOLEONI y otros, *Diccionario de Economía Política*, Madrid, 1962. Está claro por lo expuesto en el cuerpo de este trabajo y en particular en el párrafo del que estas líneas son cita, que se asume la tesis del valor objetivo, generado por *el trabajo socialmente acumulado a los bienes y servicios*.

¹³⁶ El trabajo humano, en tanto operar del hombre sobre la naturaleza, adquiere de tal manera máxima relevancia en la dimensión social, económica y jurídica, en consonancia con la que, en planos superiores, tiene en sus dimensiones moral y espiritual, en cierto sentido divina (S.S. JUAN PABLO II, “Discurso en el encuentro con los representantes de los trabajadores del Molise”, Agnone, 19 de marzo de 1995, publicado en *L’Osservatore Romano*, ed. del 24 de marzo de 1995, p. 9).

¹³⁷ Constitución pastoral sobre la iglesia y el mundo de hoy, *Gaudium et Spes*, N° 64.

Desde el Magisterio de la Iglesia Católica se ha rescatado la virtualidad y naturaleza de las leyes económicas, y la imperiosa necesidad de su comprensión científica. S.S. Juan XXIII ha destacado la necesidad de “reconocer y respetar las leyes del desarrollo económico y del progreso de la civilización”¹³⁸ y, antes que él, S.S. Pío XII ha afirmado, respecto de “las leyes fundamentales de la sociedad”, que “se las podrá negar, ignorar, desdeñar, vaciar, pero jamás anular con efecto jurídico”¹³⁹. El Concilio Vaticano II ha reconocido como legítima la exigencia de autonomía, en virtud de la cual, “las cosas y las sociedades tiene[n] sus propias leyes y su propio valor, y que el hombre debe irlas conociendo, empleando y sistematizando paulatinamente”. Asimismo, sobre dicha autonomía ha afirmado que “no solo la reclaman los hombres de nuestro tiempo, sino que responde además a la voluntad del Creador”¹⁴⁰.

En palabras de José M. J. Cravero, “cuando en el ejercicio de una actividad específica, como es por ejemplo la actividad económica, se ignoran o se menosprecian las ‘restricciones’ que emergen de otras dimensiones constitutivas del ser del hombre de las que proceden actividades específicas de otro tipo, se incurre en atentados contra la naturaleza del hombre. Ello a veces determina el fracaso de los planteos económicos que se autodestruyen por su irrealismo; y otras veces posibilita su éxito a costa de un grave desmedro de la dignidad humana”¹⁴¹.

3. La gestión sobre la *res publica*.

Lo estructural de la reflexión sobre la relación de trabajo, como todo género a sus especies, es trasladable a la relación de empleo público.

¹³⁸ S.S. Juan XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*, N° 11.

¹³⁹ S.S. Pío XII, Mensaje del 24 de diciembre de 1942.

¹⁴⁰ Constitución pastoral sobre la iglesia y el mundo de hoy, *Gaudium et Spes*, N° 36.

¹⁴¹ José M. CRAVERO, "El tomismo en la filosofía contemporánea....cit., p.42.

El empleo público es una modalidad singular de la prestación laboral, una especie de ella. En toda relación de empleo público subyace una relación laboral, pero no a la inversa.

No obstante ello, es importante tener en cuenta que el hecho de que no se encuadre la relación laboral como de empleo público no implica el desamparo de la persona, pues otros regímenes aseguran su tutela, como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Autos “Anaut” en fallo del 17 de abril de 2012.

La matriz sustancial de la relación propia de la función pública es la que se genera entre funcionario y Administración, posee naturaleza contractual (es decir conmutativa) y sustenta la noción de función pública.

La función pública se vincula estrechamente con el empleo público. En sustancia mediante el empleo se cumple la función, teniendo como objetivo último la prestación de un servicio, entendido este último en sentido teleológico, finalista. Por ello es pertinente asimilar los conceptos de funcionario público y servidor público y explicar el acierto del pensamiento clásico al rescatar estas ideas en forma contundente al definir a la autoridad política como “quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”¹⁴².

En definitiva, empleo y función pública predicen respecto del hacer sobre la cosa pública.

Tan seria y sensible es esta tarea que la Constitución Nacional la enmarca en dos ejes conceptuales básicos, la idoneidad y la estabilidad (arts. 16 y 14 bis de la Constitución Nacional), que operan necesariamente de consuno ya que, en última instancia, lo que justifica la estabilidad es la idoneidad.

Así se ha dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La estabilidad del empleado público guarda correspondencia con los propósitos constitucionales de poner a aquéllos al abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y propender a la

¹⁴² Parafraseando a Santo Tomás de Aquino en Suma Teológica, Ia.IIa, q. 90.

realización de los fines para los que existen las instituciones en las que prestan servicios, concordando con el art. 16, C.N., dado que, si se respetó la condición de idoneidad para la admisibilidad en el empleo, es razonable que el propio Estado esté interesado en mantener al agente, salvo razones justificadas de cese”¹⁴³.

Recordándose asimismo que el artículo 16 de la Constitución Nacional “[...] establece que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley y "admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad"", añadiendo que “aquí se encuentra una expresa directiva de los constituyentes de 1853 referida a la admisión en la función pública sólo de las personas que sean idóneas”, y que “este requisito, previsto en la cláusula que consagra el derecho a la igualdad, constituye una exteriorización expresa acerca de la distinción fundamental para acceder a un cargo público —aquella que permitiría inclinar la balanza— es la idoneidad”¹⁴⁴.

Ya en 1960, Rafael Bielsa¹⁴⁵ enseñaba que el instituto de la función pública debía examinarse en el contexto de los principios propios del Derecho Administrativo, pero también del Derecho Constitucional y de la Ciencia de la Administración.

Si bien en esta obra clásica Bielsa analiza el mentado instituto —la función pública—en orden, prioritariamente, a la relación que se genera entre funcionario y Administración (destacando que no puede apreciarse desde la óptica exclusiva de uno u otro de los términos de la relación¹⁴⁶), en una matriz de naturaleza contractual, el concepto genérico y, diría, sustantivo, de la función pública, encuentra en dicha obra un desarrollo ineludible.

¹⁴³ CSJN, “Ruiz, Emilio D. c. D.G.I. s/despido”, 15/05/2007, sumario.

¹⁴⁴ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁴⁵ Rafael Bielsa, “La función pública”, Roque Depalma Editor, p. VII.

¹⁴⁶ Ob. cit, p. 99.

Rescato la idea que transmitiera Bielsa de que el concepto de función pública es inescindible de otros dos cruciales al sistema, servicio público e interés público¹⁴⁷, que no se asimilan entre sí y corresponde distinguir más allá de su incuestionable interrelación.

Estos aspectos se reiteran en las obras generales del Derecho Administrativo y en las particulares sobre el tema concreto de la función pública. Como se ha señalado por Manuel M. Díez¹⁴⁸, la función es “un concepto evidentemente dinámico, que lleva la idea de vida, de movimiento, de actividad (...) es toda actividad ejercida por un órgano para la realización de un determinado fin”.

Amplía Díez indicando que la función se especifica como pública cuando predica respecto de actividades del Estado¹⁴⁹.

Miguel Marienhoff observó a su turno que la idea de función pública se halla vinculada a la organización de la Administración Pública, reconociendo la existencia de los que llama “órganos institución” y “órganos individuos”¹⁵⁰, y que atañe a las funciones “esenciales” del Estado, esto es, en la visión tradicional, a legislación, justicia y administración¹⁵¹.

Consecuentemente, predispuestos los fines a alcanzar —o intentar alcanzar— y un orden de prioridades (bien se ha dicho que “si todas son prioridades no hay ninguna prioridad”), la función es el actuar en procura de esos fines por quien o quienes (instituciones o individuos) posean la competencia al efecto. La función pública se define por la competencia del órgano.

En la estructura organizativa del Estado, en todas sus dimensiones y respecto de todas sus finalidades, el cuerpo de abogados —que en sentido amplio involucra a los asesores legales

¹⁴⁷ Ob. cit. pp. 104-105.

¹⁴⁸ “Derecho Administrativo”, Bibliográfica Omeba, tomo III, p. 331.

¹⁴⁹ Ob. cit. tomo III, p. 332.

¹⁵⁰ “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, tomo III-B, p. 8.

¹⁵¹ Ob. cit. tomo II, p. 49.

en el ámbito estatal completo— representa, en palabras de Marienhoff, un órgano institución, constituido por órganos individuos, cada uno de los profesionales de la abogacía que interviene en los procesos administrativos y judiciales a partir de la competencia asignada por las normas vigentes.

4. Idoneidad y ética en el empleo público.

Ocupar un cargo público, desarrollar una tarea calificada como empleo público y cumplir una función pública, requieren adecuarse a la exigencia de la idoneidad como presupuesto, y esta exigencia interpela un mandato ético consustancial.

Ética e idoneidad son principios que se retroalimentan.

La intrínseca relación entre el recaudo de la idoneidad y el perfil ético en el empleo público ha sido examinada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sostuvo el Máximo Tribunal:

“... en lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones. Es que, como lo sostiene Benjamín Villegas Basavilbaso, "no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos" (Derecho Administrativo, T. III, pág. 367, Edición 1951). En algunos casos, expresas disposiciones constitucionales imponen para ejercer derechos políticos determinadas exigencias, entre ellas la ciudadanía (arts. 48, 55, 89 y 111 de la Constitución); en otros puede provenir del ejercicio de la facultad del Congreso prevista en el inc. 19 del art. 75 o de la intervención acordada al Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, incs. 2° y 7°)”¹⁵².

¹⁵² CSJN, “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo”, 24/02/1998, Considerando 7.

Atinadamente se ha reconocido que el concepto de empleo público alude a un género abierto de supuestos.

En palabras del Máximo Tribunal:

“En cuanto a su ámbito de aplicación subjetiva, se ha señalado que abarca un amplio abanico de funcionarios o postulantes a ocupar funciones públicas ya que la palabra "empleos" del art. 16 de la Constitución Nacional comprende "toda clase de servicio u ocupación ordinario o extraordinario, permanente o transitorio, en la Administración pública, desde el más modesto hasta el Presidente de la República" (Rivarola, Rodolfo, "Diccionario manual de instrucción cívica y práctica constitucional argentina", p. 271, citado por Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y comparado", Parte Especial, T. IV, Ed. Alfa, Buenos Aires 1956, p. 314)”¹⁵³.

Por tanto:

“Esto indica que la idoneidad es condición necesaria para el acceso a la función pública incluso en aquellos supuestos en los que el arribo al cargo sea por vía electoral. A la legitimación de origen popular debe adicionarse entonces la legitimidad legal o institucional establecida en este caso por la Constitución Nacional como una pauta rígida. Esta conclusión interpretativa debe aceptarse a partir de considerar el método hermenéutico literal, esto es, recurriendo a la regla de uso común del lenguaje, pues no hay ninguna evidencia de que el constituyente se haya apartado del sentido gramatical del término en el caso concreto. En este sentido, tiene dicho el Tribunal que cuando la letra de la ley no exige un esfuerzo de interpretación, la norma debe ser aplicada con prescindencia de consideraciones que limiten los supuestos comprendidos en ella y procurando dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos 200:165; 302:973; 306:940 y muchos otros). La circunstancia de que no se haya establecido distingo alguno entre diversas clases de "empleos" abona la misma tesis, de acuerdo al principio interpretativo según el cual no corresponde distinguir situaciones cuando la ley no lo hace.

¹⁵³ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

A más de ello, su ubicación sistemática tampoco permite una interpretación restrictiva del precepto, ya que no se encuentra dentro de ninguna regulación especial con referencia, v. gr., a un Poder del Estado en particular (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial), ni a ninguna jerarquía funcional¹⁵⁴.

Respecto a su contenido la Corte Suprema “tiene dicho que “para ocupar empleos o cargos públicos la Constitución Nacional impone la condición de idoneidad (art. 16, primer párrafo), es decir, exige que la persona que pretenda ingresar a la administración tenga las aptitudes físicas y técnicas necesarias para desempeñar las tareas que se le asignen” (Fallos 319:3040, cons. 9°), así como que tal concepto no excluye la imposición de requisitos éticos, como son los atinentes a la integridad de la conducta (Fallos 238:183).

“En esta línea, en Fallos 321:194, sostuvo que “[e]n lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza [...] La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones, ya que no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos” (cons. 7°). La revisión de estos precedentes demuestra la existencia de una doctrina del máximo Tribunal relativa al reconocimiento de requisitos éticos en el marco del concepto de idoneidad previsto por el art. 16 del texto constitucional, coherente, por otra parte, con lo sostenido por la doctrina”¹⁵⁵.

En el mismo fallo se recordó que “Bidart Campos sostiene que “[...] cuando la constitución abre el acceso a los empleados sin otra condición que la idoneidad (art. 16), exige también y siempre idoneidad ética o moral, a más de la que resulte necesaria según la naturaleza del empleo al que aspira o que se va a discernir a una persona determinada.” (“Manual de la Constitución Reformada”, T. III, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 36)”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁵⁵ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁵⁶ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

“Es que "La idoneidad es concepto comprensivo y general, pues se trata de la competencia o suficiencia técnica, profesional y moral" (Bielsa, Rafael, "Derecho Constitucional", segunda edición, aumentada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 521). En esa misma línea, Segundo V. Linares Quintana afirma: "El requisito de la idoneidad, por oposición al favoritismo, además de constituir una exigencia constitucional, se considera como calidad esencial de eficiencia administrativa en la ciencia de la administración. Desde el ángulo administrativo, la idoneidad consiste no sólo en la idoneidad técnica —aptitud profesional, intelectual, técnica en suma para el desempeño del cargo—, sino también en la idoneidad moral". ("Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y comparado", Parte Especial, T. III, Ed. Alfa, Buenos Aires 1956, p. 505)”¹⁵⁷.

Queda claro que tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido en el concepto de idoneidad una cualidad que excede lo técnico-profesional.

Según la Corte Suprema:

“También en derecho administrativo se resalta que la idoneidad a que se refiere el art. 16 de la Constitución Nacional entraña un concepto complejo que en un principio se consideró que "circunscribía al aspecto 'técnico'. Pero pronto quedó de manifiesto lo restringido de tal punto de vista. Lo 'moral' también integró entonces el concepto de idoneidad [pues] no pueden ser funcionarios o empleados públicos quienes carezcan de moral o se hallen afectados de tachas éticas [...] Para actuar como funcionarios o empleados públicos hay que ser 'buena persona', entendiéndose por tal toda aquella que no tenga malos antecedentes. Ciertamente, cuanto mayor sea la jerarquía del empleo o de la función, más acendrada ha de ser la moral del funcionario o empleado..." (cfr. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", T. III-B, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 4° ed. act., pp. 120 y 131)”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁵⁸ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

En forma categórica el Alto Tribunal ha manifestado que “ha quedado determinado que la idoneidad requerida constitucionalmente para ocupar un cargo público, aun en las hipótesis en que su legitimación provenga del voto, de la soberanía popular, abarca al concepto de idoneidad moral o ética”¹⁵⁹.

Añadiendo que “corresponde establecer el contenido de ese compromiso ético incluido en el concepto de idoneidad para el ejercicio de la función pública. En otros términos, deberá definirse qué clase de ética requiere el concepto de idoneidad constitucionalmente previsto, para lo cual es atinado partir de un análisis sistemático de los preceptos constitucionales, contextualizando la interpretación de la noción a partir de las concepciones éticas vigentes, receptadas por el Texto Fundamental en los arts. 29, 36 y 75, inc. 22), párrafo segundo”¹⁶⁰.

“La incorporación de estas pautas éticas implica una declaración, un reconocimiento y una directriz relativa a los valores propios de la Constitución; así como una definición ideológica de la Nación vinculada intrínsecamente a la defensa y promoción de los derechos humanos y el sistema democrático. Se establece así, expresamente, que la violación por los derechos humanos y la desaprensión demostrada por las instituciones democráticas constitucionales es un disvalor para el Estado de derecho y la Constitución que lo define”¹⁶¹.

“Por eso, dotar de contenido al concepto ético de idoneidad del art. 16 del texto constitucional no implica un juicio subjetivo, sino histórico y jurídico objetivo, que intenta evitar la incoherencia del sistema, apoyado en el ordenamiento positivo más elaborado y de máxima jerarquía”¹⁶².

“En conclusión, de todo lo expuesto se desprende que los valores republicanos y democráticos se encuentran expresamente incorporados al ordenamiento jurídico argentino

¹⁵⁹ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁶⁰ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁶¹ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁶² CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

a nivel constitucional (arts. 29 y 36) y que esos principios iluminan todo el sistema jurídico. De allí se deriva que es una pauta ética valiosa y necesaria que los funcionarios públicos posean dichos valores democráticos y republicanos [...]”¹⁶³.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires destacó a su turno:

“Como bien se sostuvo (Fallos 321:194), la idoneidad supone un conjunto de requisitos legales o reglamentarios, de exigencias genéricas —de aptitud física, técnica, moral— y específicas para el ejercicio de determinadas funciones, como la nacionalidad. La Corte Suprema aclaró que “no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos”, pauta cuya aplicación se impone en la presente contienda, siempre bajo el prisma rector que consagra el bloque constitucional a favor del reconocimiento igualitario de los derechos a todos los habitantes (incluido el ejercicio de su profesión y en general los empleos públicos) y contra toda forma de discriminación”¹⁶⁴.

Observando en concreto que “si lo que se pretende es asegurar la idoneidad de quienes aspiren a ser educadores, ese propósito está suficientemente resguardado en diversas reglas contenidas en el Estatuto del Docente, entre las que se destacan las que exigen dominar el idioma castellano, poseer aptitud psicofísica, determinada edad, someterse a los concursos pertinentes, una conducta acorde con la función docente y poseer título que habilite para el cargo u horas cátedra a desempeñar, entre otras condiciones impuestas por la norma (art. 57 incs. “a” in fine, “b”, “c”, “d”, de la ley 10.579 y sus modif.). Ello, aparte de las evaluaciones que a la Dirección General de Cultura y Educación incumbe realizar de todos los docentes y de quienes aspiren a acceder a la docencia”¹⁶⁵.

¹⁶³ CSJN, “Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional”, 13/07/2007, Dictamen del Procurador General, Esteban Righi.

¹⁶⁴ SCBA, “Gerez, María Cecilia contra Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo”, 19/12/2007, Voto del Dr. Soria, Considerando 9.

¹⁶⁵ SCBA, “Gerez, María Cecilia contra Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo”, 19/12/2007, Voto del Dr. Soria, Considerando 12.

Razón por la cual “[...] la regulación resulta razonable si lo que se pretende por su intermedio es el mejoramiento de la organización administrativa y el logro de una mayor eficiencia de su personal, respecto del cual, el agrupamiento administrativo constituye su soporte primario”¹⁶⁶.

5. El fundamento esencial del contenido ético de la función pública: la relación del Derecho y la Ciencia Política con la Ética en el plano sapiencial. La matriz antropológica.

En una perspectiva acorde al pensamiento clásico, la ética “es la parte de la filosofía que estudia la moralidad del obrar humano; es decir, considera los actos humanos en cuanto son buenos o malos”¹⁶⁷.

“El objeto de la Ética, tomado materialmente, son los actos humanos, que es necesario distinguir de los actos del hombre”¹⁶⁸; los primeros consisten en las acciones que el hombre libremente puede hacer o no, o hacer de una forma u otra, los segundos son las acciones que no son libres.

El objeto formal es la rectitud moral o moralidad de los actos humanos, entendiendo por tal la búsqueda de la bondad moral, esto es, “la bondad propia de las acciones libres, la rectitud de la voluntad libre del hombre, que depende de su obediencia o desobediencia al orden o [a la] ley natural”¹⁶⁹.

El ente se actualiza en el bien, al que tiende naturalmente. “La perfección y el bien no significan otra cosa sino la plenitud del ser”¹⁷⁰.

¹⁶⁶ SCBA, “U.P.C.N. y otros. Inconstitucionalidad ley 11.758”, 11/09/2013, Voto del Dr. Pettigiani, Considerando 2.

¹⁶⁷ Ángel RODRÍGUEZ LUIÑO, *Ética*, 5ª ed., p.17.

¹⁶⁸ Cit., p. 19.

¹⁶⁹ Cit., p. 40.

¹⁷⁰ Joseph PIEPER, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, p. 74.

La ética “conoce los actos libres del hombre considerados en su bondad o malicia o sea su conformidad o no con el dictamen de la razón”; “tiene por finalidad por orden en las acciones voluntarias en cuanto relacionadas entre sí y con respecto al fin de la vida humana que es la felicidad”. “Por eso la ética esencialmente estudia los medios para lograrlo, ya que dado la imperfectibilidad de la naturaleza, se torna necesario la adquisición de hábitos que faciliten el actuar humano tendiente a ese fin o sea las virtudes cardinales, prudencia, justicia, fortaleza y templanza y las virtudes anexas a ellas”¹⁷¹.

En contrario de la concepción clásica, “en algunas corrientes del pensamiento moderno se ha llegado a exaltar la libertad hasta el extremo de considerarla como un absoluto, que sería la fuente de los valores”¹⁷², y por ello de la ética. La libertad humana posee potestad creadora de los valores, gozando “de una primacía sobre la verdad, hasta el punto que la verdad misma sería considerada una creación de la libertad; la cual reivindicaría tal grado de autonomía moral que prácticamente significaría su soberanía absoluta”¹⁷³.

En la modernidad, el bien y el mal son determinados por la libertad y no como en la ética clásica, que se definían en relación al ser y a la naturaleza. Afirmación que no importa desterrar el valor de la libertad en el proceso de conocimiento, sino asignarle su rol propio.

Es pertinente insistir a esta altura que en la sistemática jurídica clásica, entendiendo por tal la jus-filosofía aristotélico-tomista, y en el orden de la praxis al sistema romano en sus fuentes —no a la mutación ulterior producida por el pandectismo alemán—, el derecho en su acepción propia de analogado principal, es estrictamente “lo justo”, o, en forma desenvuelta, “lo adecuado o ajustado a otro conforme cierta clase de igualdad”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Eduardo M. QUINTANA, "Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?", cit., p. 965.

¹⁷² S.S. JUAN PABLO II, Carta Encíclica *Veritatis Splendor*, parágrafo 32.

¹⁷³ Cit., parágrafo 35.

¹⁷⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, II.II. q.57, ad.2.

Desde esa perspectiva, tras una noción de justicia general, el derecho se plasma en dos dimensiones particulares, la propia de la justicia distributiva, regida por la idea de igualdad proporcional, y la atinente a la justicia conmutativa, en donde impera la idea de igualdad estricta¹⁷⁵.

En la primera dimensión, el derecho opera la distribución de “cargas, honores y riquezas” en el ámbito de la comunidad política y es lo que se ha dado en llamar el ámbito del derecho público. La segunda, propia del derecho privado, se ocupa de mantener en las relaciones particulares, en las conmutaciones, la situación de “cierto equilibrio” dado por el reparto¹⁷⁶.

Esta discriminación entre la esfera del derecho privado y del derecho público, con sustento en las clases de justicia involucradas, conmutativa y distributiva, respectivamente, no es tajante. En rigor, capítulos relevantes del derecho privado informan disposiciones ordenadas por la justicia distributiva; tal es el caso de parte del régimen sancionatorio y del esquema de reparación del daño moral, entre otros.

El núcleo del sistema en esta concepción se constituye por la noción de “equilibrio”¹⁷⁷, cierto equilibrio¹⁷⁸, dado en el reparto y resguardado en los cambios¹⁷⁹.

En contrario, la sistemática moderna, traslada el eje de la cuestión hacia una acepción impropia de lo que el derecho es propiamente hablando; del analogado principal, “lo justo”,

¹⁷⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Libro V.

¹⁷⁶ Constantin DESPOTOPOULOS, “La notion de synallagma chez Aristote”, cit., Tomo XIII, p. 115.

¹⁷⁷ La idea griega del “antipeponthos”, que en rigor predicaba en la etapa de las conmutaciones y que podríamos definir como la “reciprocidad en los cambios”.

¹⁷⁸ Carlos Sanz recuerda que “la ciudad antigua, a diferencia de los modernos sistemas capitalistas, sabía que la armonía dependía —en gran medida— del mantenimiento del desequilibrio equitativo de patrimonios que se había trazado en el momento distributivo” (Véase Carlos R. SANZ “Reflexiones jus-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, cit., p. 954, nota 70).

¹⁷⁹ Como enseñara Santo Tomás, el punto de equilibrio en las conmutaciones no es preciso (Véase SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II.II., q.77).

hacia alguno de sus analogados derivados, “la ley”, “la prerrogativa individual”, o ambas de consuno¹⁸⁰.

La preocupación del jurista moderno estribará, en todo caso, en la tutela de la “voluntad”, sea esta general (“la ley”) o particular (la concepción del “acto jurídico”), con independencia de la relación objetiva.

En suma, el núcleo del sistema deja de ser “lo justo” y es sustituido por “la voluntad”¹⁸¹.

Es de toda evidencia que, en lo sustancial, anidan en ambas sistemáticas diversas concepciones de la antropología y de la moral¹⁸².

Entre derecho y ética existe una vinculación epistemológica jerárquica, técnicamente de subalternación, de la que se derivan consecuencias de máxima relevancia en el plano del abordaje sapiencial del obrar humano y del conjunto de relaciones que se materializan en su consecuencia.

El derecho “es una ciencia subalternada de la Moral, no en cuanto a los principios —como lo es con la antropología, la metafísica o la teología— sino en cuanto a los fines: el vivir ‘bueno’ del hombre, su bien, aquello que es acorde con la naturaleza”¹⁸³.

¹⁸⁰ En rigor, con sus matices, la visión moderna del derecho incluye en sí diversos analogados derivados.

¹⁸¹ Entre muchos otros: Carlos I. MASSINI, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980; Fray Ph. O.P., ANDRE-VINCENT., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Gherzi Editor, 1978; Michel VILLEY, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*, Buenos Aires, Gherzi Editor, 1978.

¹⁸² Mons. Guillermo BLANCO, *Curso de Antropología Filosófica*, edición privada; María L. LUKAC DE STIER, *El fundamento antropológico de la filosofía política y moral en Thomas Hobbes*, Buenos Aires, EDUCA, 1999.

¹⁸³ Horacio R. GRANERO, Ponencia al Primer Congreso Católico de Abogados, publicada en *Prudentia Juris*, vol. II, 1980, p.102.

Tomás Casares, de su lado, ha observado que moral y derecho “están especificados por dos modos distintos de bien”. Agrega: “La moral, así entendida, en cuanto disciplina de la conducta individual está especificada por el bien del individuo como tal; mientras que el derecho, en cuanto disciplina de la convivencia está especificado por el bien común o bien de la comunidad como tal”¹⁸⁴.

Reflexión sustentada en la línea del pensamiento clásico realista. Santo Tomás de Aquino enseña que “la ley humana no puede prohibir todo lo que es contrario a la virtud [...] basta con que prohíba lo que destruye la convivencia social”¹⁸⁵.

Todo esto, por cierto, en clave clásica.

El pensamiento jus-filosófico moderno fundirá en última instancia ambas dimensiones, abriendo las puertas del ámbito legislativo y del pretorio a una cosmovisión ajena a la naturaleza de las cosas, en la cual moral y derecho aparecen confundidos.

Por otra parte, es preciso discernir —por sus consecuencias prácticas— que ética y derecho, no son saberes especulativos, sino prácticos¹⁸⁶.

“La Ética es una ciencia práctica, porque no se detiene en la contemplación de la verdad, sino que aplica ese saber a las acciones humanas”¹⁸⁷.

El estudio de la ética, como lo afirmara Aristóteles, no se materializa para “saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos”¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Tomás D. CASARES, *La justicia y el derecho*, 3ª. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p.108,

¹⁸⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II.II., q.77.

¹⁸⁶ Jacques MARITAIN, sobre saberes especulativos y saberes prácticos, en *Los grados del saber. Distinguir para unir*, cit., pp. 725 y sigs.

¹⁸⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, “De virtutibus in communi”, q.un, a.6, ad 1, citado por Ángel Rodríguez Luño, cit., p. 19, nota 1.

¹⁸⁸ ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco”, Libro II.

La “moral —y con ella la ley humana (cuando no es una ley apariencia de ley sino una ley verdadera que realiza la esencia de la ley tan bien definida por Tomás de Aquino)— se presenta como un conocimiento intelectual donde la voluntad y las tendencias sensibles tiene por cierto algo que decir, a veces incluso algo decisivo pero que sin embargo sigue siendo obra de la razón. Que con tal carácter ésta merezca el nombre de razón práctica en la medida en que realiza su función de conocimiento orientado a dirigir la acción humana, en nada modifica la circunstancia de que se trata de la razón y no de la voluntad o de la emoción, aunque ésta fuese el órgano de la estimación y no el sentimiento del placer”¹⁸⁹.

El derecho, por su lado, tampoco se estructura en función de una mera especulación. La tarea del derecho no es exclusivamente descubrir en la naturaleza de las cosas lo que es justo, sino trasladar esa determinación de lo que es justo en el caso concreto, tendiendo a su solución práctica¹⁹⁰.

Como reflejo de lo apuntado, el obrar humano, en la línea que se viene trazando, puede ser examinado en perspectiva ética, jurídica o política.

Se quiere decir que un acto humano concreto (fragmento de objeto material, si se admite) puede ser materia de análisis del moralista, del jurista o del politólogo (según, con nueva indulgencia, el fragmento de objeto formal al que se recurra).

En cada dimensión, según los principios y fines que le son propios, y considerando la relación jerárquica de subordinación del derecho y de la política respecto de la ética.

¹⁸⁹ Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979, p. 175.

¹⁹⁰ José MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra.

Es por ello que Giuseppe Graneris, no sin advertir acerca del escándalo que la afirmación podría provocar, ha hablado de la “amoralidad” del derecho, distinguiéndola de la inadmisible “inmoralidad” del derecho¹⁹¹.

La luz viene impuesta por el esquema mismo de subalternación, que ordena en cada plano a los saberes comprometidos y permite una adecuada apreciación del fenómeno. El análisis del jurista, en el momento de la factura del derecho positivo en sus límites¹⁹² o en la concreción de la justicia en la resolución del conflicto, debe inspirarse como objetivo último en la visión de “lo justo”.

Quien obra rectamente y da a cada uno lo suyo actúa justamente y avanza hacia el fin último de su felicidad. Realiza un acto justo, opera una virtud¹⁹³.

¹⁹¹ Giuseppe GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1977, Capítulo IV, pp. 43-60. En p. 45 aclara con precisión el punto afirmando: “Vemos surgir así un momento de amoralidad en el campo del derecho. A fin de que esta doctrina llanamente tomista no genere escándalo, procuremos asignarle el sentido y los límites con exactitud. Es claro que en el derecho entendido como *res iusta* u *opus iustum* no puede nacer por endogénesis ningún elemento amoral. El interior está totalmente ocupado por *la res iusta, res debita*; es decir, está saturado de ética y respira ética en todas direcciones. Si la *res* fuera o resultara ella misma amoral o, peor, inmoral, cesaría *ipso facto* de ser justa y debida, no respondería más al concepto tomista del derecho. Luego la amoralidad debe venir de fuera. Y nace del contacto de la *res iusta* con el sujeto en el momento de la ejecución [...] De estas consideraciones nacen dos postulados relativos a la materia del ordenamiento jurídico. El primero es que ella sea moral, o al menos que no sea inmoral. El segundo es que sea capaz de resistir la falta de moralidad subjetiva, conservando algún valor independientemente del ánimo del agente”.

¹⁹² Nos referimos al ámbito del justo legal, aquel en el cual, al no afectarse el justo natural, algo es justo en la medida en que así lo dispone, prudencialmente, el responsable de dictar las normas.

¹⁹³ Nos enseña S.S. BENDICTO XVI: “[...] la justicia es «inseparable de la caridad», intrínseca a ella. La justicia es la primera vía de la caridad o, como dijo Pablo VI, su «medida mínima», parte integrante de ese amor «con obras y según la verdad» (1 Jn 3,18), al que nos exhorta el apóstol Juan. Por un lado, la caridad exige la justicia, el reconocimiento y el respeto de los legítimos derechos de las personas y los pueblos. Se ocupa de la construcción de la «ciudad del hombre» según el derecho y la justicia. Por otro, la caridad supera la justicia y la completa siguiendo la lógica de la entrega y el perdón” (véase *Encíclica Caritas in Veritate*, 2009).

Así también, vale recordar las palabras del entonces Cardenal Joseph Ratzinger, emitidas un día antes de ser proclamado Obispo de Roma: “Mientras que el relativismo, es decir, dejarse «llevar a la deriva por cualquier

En tal caso, el obrar concreto se aprecia en forma consecuente por la ética y por el derecho y la política.

Mas no es misión del jurista, en el plano de la justicia conmutativa al dirimir el conflicto, corregir las conductas. Aunque sí lo sea, en cierta manera y de forma secundaria, en su rol creador de derecho positivo al materializar la justicia distributiva.

El instrumento idóneo para la correcta apreciación de las relaciones entre la ética y el derecho y sus consecuencias prácticas es el de la subalternación entre ambas. De tal modo, "el punto de partida del saber jurídico son las conclusiones de la ética (fin del hombre y medios para lograrlo) y también de la antropología (sobre la esencia de la naturaleza humana)"¹⁹⁴.

La confusión acerca de lo que el derecho es propiamente, de la noción de ética y de las relaciones intrínsecas entre ambos saberes, informa un defecto sustancial en el pensamiento moderno, con particulares derivaciones en el ámbito de las organizaciones políticas.

En la adecuada comprensión de dichas cuestiones se hallan mecanismos que pueden aportar a un mejor orden en la *polis*.

viento de doctrina», parece ser la única actitud adecuada en los tiempos actuales. Se va constituyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que deja como última medida sólo el propio yo y sus antojos" (Véase Homilía en la Misa *Pro Eligendo Pontifice*, 18/04/05). A esta misma "dictadura del relativismo" se refirió el Papa Francisco cuando dijo que "no hay verdadera paz sin verdad. No puede haber verdadera paz si cada uno es la medida de sí mismo, si cada uno puede reclamar siempre y sólo su propio derecho, sin preocuparse al mismo tiempo del bien de los demás, de todos, a partir ya de la naturaleza, que acomuna a todo ser humano en esta tierra" (Véase S.S. FRANCISCO, Audiencia al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Sante Sede, 22/03/13).

¹⁹⁴ Eduardo M. QUINTANA, "Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?", cit., p. 967.

Permite comprender, desde otro ángulo, la existencia de normas en los distintos ordenamientos positivos que tienden a la preservación de la moralidad de las relaciones y del respeto a nivel del sistema de los principios éticos.

Como enseñara el profesor Carlos Sanz¹⁹⁵:

“a) El moralista, desde su ángulo, analizará conductas humanas ordenadas o desviadas del fin último de la vida humana. b) El jurista, desde el suyo, tenderá a observar los buenos o malos repartos, de bienes y cargas, que se realizan en la ciudad y el modo de mantener sustancialmente ese equilibrio, en el momento en que se verifican las conmutaciones, los cambios, entre quienes comercian e intercambian. El ángulo de visión del primero será el pecado —o de la deserción de sí mismo, si se toma el tema en la pura perspectiva natural— y de la ordenación a la beatitud. El ángulo del segundo será el del *ius* y de la *in-iuria* o daño. Y desde allí pasará a considerar todo el resto; de donde se ve que no es irregular que uno y otro aborde objetos materiales comunes, ya que el ángulo ‘sub qua’ es diverso. Resulta legítima la consideración del *iustum* y del *in-iustum* por el moralista, pero *ratio peccati*. Igualmente, el jurista considerará, si es que puede, aspectos que hacen a la interioridad moral, en cuanto se exteriorizan, pero desde su perspectiva específica, que no es el ‘foro interno de la conciencia’, sino el obtener una mejor composición del entuerto y la aplicación más ajustada de penas medicinales, o tendientes a educar a los hombres en la línea del bien de la ciudad”.

Este esquema de apreciación del contacto de la moral con el derecho y la política a partir del principio de la subalternación de los saberes permite explicar las razones por las cuales los ordenamientos jurídicos positivos incorporan normas con contenido moral o que tienden a la preservación de los principios morales en el nivel de las relaciones sociales, jurídicas y políticas.

Bien se ha dicho que “basta recordar entonces que la Filosofía práctica entiende a la Política como una continuación de la Ética (...). Por el contrario, la Modernidad implica un

¹⁹⁵ Carlos R. SANZ, “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, en *Sobre esto y aquello*, Buenos Aires, Editorial Teodicea 2009, volumen II, Cosas y Personajes, p. 122.

quiebre de la continuidad entre la libertad interior y la acción social (...). La Moral adquiere una visión subjetiva y la Política analiza primordialmente alzarse con el poder”¹⁹⁶.

La fuente epistemológica que impone el contenido ético al obrar en la dimensión jurídica y política es en definitiva de naturaleza antropológica.

Es, al fin y al cabo, la esencia humana que se dispone tendencialmente hacia el bien, la que inspira el comportamiento ético y nutre el recaudo de la idoneidad en el obrar individual y social.

¹⁹⁶ Gabriel LIMODIO, “La enseñanza del Derecho Civil: una propuesta para el Bicentenario”, en *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, dirigido por Julio Conte-Grand, 1ª. ed., Buenos Aires, El Derecho, 2011, p. 31.

Reflexiones sobre la Ética pública

Por Pedro José Jorge Coviello

Agradezco la invitación formulada por los coordinadores de esta obra, Martín Espinoza Molla y Guillermo Rizzi, para realizar estos breves apuntes sobre la ética pública, que son fruto de trabajos anteriores y exposiciones sobre el tema, en especial en el marco de los seminarios organizados por la prestigiosa y en lo personal, muy apreciada, Universidad Nacional de La Plata, en cuya sede han enseñado grandes maestros del Derecho, y del Derecho Administrativo argentino en especial, algunos de ellos inolvidables para mí, como los profesores Miguel Santiago Marienhoff y el profesor Julio Rodolfo Comadira.

Una realidad que muestran los distintos países en los últimos tiempos es la exigencia cada vez mayor de la observancia de la ética pública, de la que nunca como en los últimos decenios se ha escrito e insistido tanto¹⁹⁷.

Su tratamiento en general va acompañado por el de uno de sus notables defectos que es la *corrupción*¹⁹⁸. Ésta, ciertamente, mucho tiene que ver con el tema, pero la ética pública no

* Profesor titular ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹⁹⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime: *Ética, poder y Estado*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2004, p. 26 y sigs. Ivanega, Miriam Mabel: *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2010, p. 24 y sigs. Debo advertir que en este trabajo he hecho algunas referencias al Derecho Administrativo, puesto que inicialmente lo escribí teniendo en miras el reflejo de la ética pública en él. Sin embargo, el contenido del texto que presento no se ciñe exclusivamente a esa rama jurídica. Es más, tiene un contenido cívico amplio, útil a todo habitante o ciudadano “de buena voluntad”..

¹⁹⁸ Por ejemplo, en el excelente estudio de Óscar Diego Bautista, *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*, Desclee de Brouwer, Madrid, 2009, el título desvía la atención directamente hacia la corrupción, aunque concluye en los últimos tramos de su excelente obra señalando los pasos docentes para tratar de erradicarla.

abarca exclusivamente la corrupción. Hay acciones que pueden merecer reparo ético, pero no lleva necesariamente a reprocharlas como corruptas. Es más, pretender que la ética pública se limite sólo a la Administración Pública, implicaría una visión demasiado estrecha que iría en su desmedro, puesto que dejaría vacías otras manifestaciones no menos importantes, como luego se verá.

La ética pública es la raíz nutricia, el alma que da razón al ser del Estado y a su buen funcionamiento, o, utilizando palabras de la Constitución italiana, en su art. 97, del “*buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”. No hay república sin moral, puesto que el bienestar material de los integrantes de la comunidad estatal no es suficiente. Un Estado sin moral degenera en dictadura o en tiranía.

I. Ética pública: ¿una ética distinta? ¿Ética pública vs. ética privada?

Sin pretender introducirme en los ámbitos propios de los filósofos, tendré sinónimas ética y moral¹⁹⁹ —aunque quienes con preciosismo profundizaron el tema, han expuesto sobre las distinciones desde su etimología griega (que puede ser *êthos* o *éthos*) o latina (*mos*, *mores*)²⁰⁰—.

La ética es una ciencia práctica que tiende a procurar “el bien puro y simple del hombre”, y no apunta a la perfección de la obra, sino a la “bondad o perfección misma del hombre”²⁰¹; también se la ha llamado “la ciencia de las leyes ideales de la actividad libre del hombre”, que trata del empleo que debe hacer el hombre para conseguir su último fin²⁰².

¹⁹⁹ Maritain, Jacques: *Introducción general a la filosofía*, trad. esp. de la 8ª ed. fr., Club de Lectores, Buenos Aires, 1949, pp. 229 y sigs. Jolivet, Régis: *Tratado de Filosofía. IV Moral*, Lohlé, Buenos Aires, 1962 (trad. de la 5ª ed. francesa), p. 9. Millán Puelles, Antonio: *Fundamentos de filosofía*, 4ª ed., Rialp, Madrid, 1966, pp. 609-610.

²⁰⁰ Aranguren, José Luis: *Ética*, 7ª ed., Alianza, Madrid, 1981, p. 19 y sigs.

²⁰¹ Maritain, *Introducción ...*, cit., pp. 209-210.

²⁰² Jolivet, *Tratado ... Moral ...*, cit., p.14

Mas la ética no se limita exclusivamente al ser humano en sí, más allá de que enfoca primeramente a la persona y su realidad ontológica. Abarca también la propia esencia de la actuación estatal en punto a coadyuvar para que la persona pueda lograr sus fines existenciales (que abarcan aparte del fin último, los fines intermedios que están enderezados a éste). Los *finés existenciales*, denominación que engloba el fin trascendente y el fin inmanente o secundario del ser humano²⁰³, son los que dan su razón a toda ciencia e institución humanas y fijan el marco de actuación de los poderes públicos, sea en sentido positivo como negativo. Apartarse de ellos significaría quitar toda base ética a la ciencia y al ejercicio del poder.

Por ello Maritain pudo sostener que “La política es una rama de la ética”²⁰⁴. De modo que la ética es la que en el orden de las cosas se encuentra presente en la propia naturaleza de la actividad estatal. Si se la deja de lado, la acción política (*lato sensu*) semejaría a una campana sin badajo.

Así, cuando pregonamos la defensa de los valores del Estado de Derecho²⁰⁵ como resumen modélico²⁰⁶ y norte al que deben dirigir su rumbo el Estado, de lo que se está hablando es de

²⁰³ Se recoge aquí la denominación que da Johannes Messner, en su *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, trad. esp., Rialp, Madrid, 1967, p. 39 y ss.

²⁰⁴ Maritain, Jacques: *El hombre y el Estado*, trad. esp., Kraft, Buenos Aires, 1952, p. 77. Rivarola, Rodolfo: *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*, Editorial Rosario, Rosario, 1944, p. 8 y sigs.

²⁰⁵ Si se quiere, puede hacerse también mención del término en boga *Estado Constitucional de Derecho*, que en esencia es, a mi entender, matices más, matices menos, lo mismo. Ello, cuanto menos, para la concepción que en nuestro país se tiene de la sustancia normativa de la Constitución como norma suprema y del control de constitucionalidad que ejercen los jueces sobre las leyes. Ver al respecto: Häberle, Peter: *El Estado Constitucional*, trad. esp., Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 81 y sigs. Vigo, Rodolfo Luis: “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, LL 2010-A-1165. Cea Egaña, José Luis: “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico, Anuario de Derecho Constitucional, t. I-2005. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, p. 43 y sigs.

²⁰⁶ La posición crítica de Alejandro Nieto plasmada en una reciente monografía publicada en Internet por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, del 1/3/2011, titulada “Los supuestos valores de la Administración

“aquel que sirve a los valores éticos del Derecho mediante técnicas que están íntimamente vinculadas a los valores de justicia y seguridad que el Derecho debe realizar como instrumento de la vida humana en el orden social, o como definidor del orden de la convivencia humana en una comunidad política. Supone, pues, la respuesta al problema del equilibrio de los impulsos del poder y la libertad dentro del orden”²⁰⁷.

Obsérvese que si bien la actividad estatal está enmarcada por el Derecho, puesto que no otra cosa es el Estado de Derecho, de lo que se está hablando es de un *orden ético*, que se exige a quienes actúan y expresan la voluntad estatal. Por lo tanto *el comportamiento ético estatal será el de las personas que forman parte de la organización de sus poderes y entidades*.

1. Ahora bien, si rotulamos a esa ética de la acción estatal como ética pública, ¿estaremos hablando de una ética diversa de la ética en general?

En nuestros menesteres descubrimos distintas “éticas”, una de cuyas manifestaciones, es la deontología de las profesiones, entre ellas, los códigos de ética de los abogados. Ahora bien, es evidente que ellas se nutren de principios característicos del ámbito descrito por la específica ética. Pero basta rasgar el texto para advertir que el sustrato es común a cualquier ética: la verdad, el honor, la lealtad, la buena fe, etc., son manifestaciones comunes a todas sus especificidades. Por supuesto, en ellas habrá aspectos que interesarán menos que a otras, y, en todo caso, existirán facetas que hasta para el Derecho carecerán de relevancia²⁰⁸.

Pública”, aunque se observen motivos razonables frente a algunos temores sobre el mal uso “perverso” de los valores, como los cataloga, me parecen pesimistas y exagerados. A dichas consideraciones me atrevo a contraponer y afirmar los valores y las virtudes como forma de asegurar la vigencia del Estado de Derecho.

²⁰⁷ Sánchez Agesta, Luis: *Principios de teoría política*, 6ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 151.

²⁰⁸ Hay que tener presente que al Derecho, aunque esté cimentado en la moral, no le interesa primordialmente sino el comportamiento externo de las personas, o, en todo caso, la intencionalidad que produzca consecuencias exteriores. Ello es en principio cierto en la medida que el Derecho toma determinadas manifestaciones o acciones de las personas como relevantes en un momento histórico dado. Lo que pudo ser

En definitiva, adhiero a la idea de que *una es la ética, como una es la persona*²⁰⁹. En consecuencia, otro tanto ocurre con la ética de la función pública. No se trata de una ética basada en principios propios, desgajada de la ética general (o Ética), sino que *en ella encuentra su razón*.

2. Las exigencias de la ética pública no son las mismas para todas las jerarquías de funcionarios o empleados públicos (de cualquiera de los tres poderes o de los comúnmente denominados “extra-poder”). En este sentido, cuando se trata del empleado o funcionario público se debe tener en cuenta en qué grado de la escala jerárquica él se encuentra, puesto que, vgr., no es posible exigir el mismo compromiso ético a un magistrado judicial que a un empleado de las últimos niveles escafonarios. Ello es, en principio, lógico porque a mayor jerarquía mayor responsabilidad²¹⁰. Igualmente, el comportamiento en la vida privada podrá tener mayor o menor importancia, que interesará en la medida que se extrapole al

indiferente al Derecho —entendido como relevante para la comunidad política—, con el tiempo pudo cobrar importancia.

El Derecho está en el orden moral, orden en el que se desarrollan las relaciones humanas. Si bien la moral busca la perfección individual y social del ser humano, y como hemos dicho, el Derecho posee un fundamento moral, su esfera es la acción humana, su ámbito externo. De allí que tradicionalmente se haya señalado que una de las características de la ley —*lato sensu termino*— es la exterioridad (Graneris, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza, EUDEBA, Buenos Aires, 1978, p. 40. Este tema lo traté en: “¿El Derecho: norma o realidad moral? A propósito de la tesis de Michel Villey, en *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Nº 29, junio de 1992.

²⁰⁹ Santos, Modesto: “¿Unidad o fragmentación de la ética? Análisis, valoración y prospectiva de algunos modelos éticos actuales”, en P. Pérez Lizarbe, R. Lázaro (eds.), *Verdad, bien y belleza. Cuando los filósofos hablan de valores*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra. Cuadernos de Anuario Filosófico. Serie Universitaria n. 103, 2000, p. 87 y sigs. Alvira, Tomás: “Libertad moral y unidad del hombre”, en *Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, vol. 13, Nº 2, 1980, pp. 173 y sigs. Rodríguez-Arana Muñoz, *Ética, poder y Estado*, cit., p. 21.

²¹⁰ “Según la grandeza del hombre así son sus responsabilidades”, Ketubot 67, en: Algazi, Isaac S.: *La sabiduría hebrea*, Sigal, Buenos Aires, 1990.

cumplimiento de la función (sostener lo contrario podría en algunos casos a erigirse en hipocresía).

Si, entonces, es una la ética, no puede predicarse que la ética pública y la ética privada comporten ámbitos estancos el uno del otro²¹¹. En ese orden, configuran éstas un solo plano nivelador de conductas, en el que unas tienen más relevancia que otras para admitir el juicio moral de otros, en nuestro caso, del pueblo. La realidad muestra que la vida privada de los funcionarios y políticos no resulta indiferente; sin embargo, no toda la vida privada del funcionario importa: la reserva del art. 19 de la Constitución Nacional es la pauta certera, puesto que hay cuestiones que deben necesariamente quedar reservado a la conciencia personal y al juicio de Dios.

Alguien que bien conocía la Administración Pública y el Derecho, como fue el profesor Rafael Bielsa, advirtiendo la crisis moral que se vivía en su tiempo, escribía: “La función pública debe tener una serie de atributos jurídicos y morales que le den significación y valor propios. [...] La función pública *debe tener un valor moral*”, y por ello la separación entre la actuación pública y la vida privada, no pasa de un argumento efectista y simple”²¹².

3. Es decir, ambas (que son una) derivan de una misma raíz que le confiere unidad en la verdad. Precisamente, un breve y profundo artículo escrito hace más de quince años por un sabio académico, respondiendo a las postulaciones de Gregorio Peces-Barba, quien sostiene la estanqueidad entre moral pública y moral privada²¹³, escribió: “Esta es la triste consecuencia del relativismo o pluralismo mal entendido, sin verdad que sirva de punto de

²¹¹ Ollero, Andrés: “Liberalismo político, moral pública y derecho”, en Andrés Ollero (coord.): *Valores en una sociedad plural*, Madrid, 1999, pp. 173 y sigs.

²¹² Bielsa, Rafael: *La función pública. Caracteres jurídicos y políticos. La moralidad administrativa*, Depalma, 1960, pp. 87-88.

²¹³ Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Ética pública y Derecho* (discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid, 1993, p. 28 y sigs.

referencia, nada es mejor ni peor. [...] Porque negar la aspiración humana a conocer la verdad es racionalmente imposible”²¹⁴.

Mucho antes, Dabin había escrito que “la *Moral política*, es decir, la moral que rige las relaciones del orden político deja intacta la obra de la moral *en* política, es decir la aplicación de las reglas de la moral humana a la materia política”²¹⁵.

II. El fundamento de la ética pública

Las creencias confluyen en fundamentos comunes, como lo es la propia unidad de la naturaleza humana. No significa sostener que pertenezca a una creencia religiosa en particular. Cada religión o creencia podrá tener sus particularidades en determinadas cuestiones. Cierto. Mas la apreciación sobre los valores comunes de las religiones abrahámicas (judía, mahometana y cristiana) lleva a la coincidencia del fundamento de la ética: es la llama del Creador puesta en la conciencia del hombre.

1. En dichas religiones, los Diez Mandamientos constituyeron la síntesis fundante de la moral respectiva y las normas que elaboraron. Sin embargo, se ha querido desligar al Creador de todo vínculo con la moral, quitando de sentido a los Diez Mandamientos, aunque, por otro lado, principios que tenían relevancia para la vida social se erigían en sus pilares. A propósito de ello, escribió un gran sabio hebreo, estudiando la situación de su tiempo, que “Es comprensible que la sociedad no quiera basar una cuestión tan vital sobre un fundamento tan inseguro como es la fe y como es querer oír o no. Es así que la comunidad siempre ha hecho lo posible para transferir aquellos mandamientos y prohibiciones que considera importantes de la esfera de la ‘religión’ a la de la ‘moral’, de traducir los del lenguaje que usa

²¹⁴ Termes, Rafael: “¿Ética pública y ética privada?, en ABC (Madrid) diario del jueves 8/6/95, p. 68.

²¹⁵ Dabin, Jean: *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. esp., Editorial Jus, México, 1946, p. 147.

el imperativo personal a la formulación impersonal del ‘deber’. La sociedad desea que esos mandamientos sean apoyados por la opinión pública, que puede en cierto sentido controlarse, más que por la voluntad de Dios de cuya efectividad no se puede depender”, y así, al no poder contar con la seguridad pública, “se transfieren una vez más las órdenes y las prohibiciones, esta vez a la esfera de la ‘ley’, o sea, se traducen en el lenguaje de formulaciones del si; si alguien hace esto o aquello, entonces tal o cual cosa pasará”²¹⁶.

Lo escrito por Buber tiene apoyatura, habida cuenta que el reconocimiento de un derecho natural, común a la humanidad, toma forma a partir de los principios del derecho, como una manifestación contraria al positivismo jurídico, tal como fueron los juicios de Nüremberg. Al respecto, afirmó Perelman que allí campeó la idea de que los crímenes abominables no podían escapar a la acción de la justicia, aunque faltaran disposiciones legales expresas, a menos que se consideraran como tales las reglas del derecho internacional, y así, para respetar el principio del *nullum crimen sine lege*, era preciso afirmar la existencia de un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas, *relativo al respeto y dignidad de la persona humana*. Ello, a juicio de Perelman, constituía más que un retorno al Derecho Natural clásico; era un retorno a la concepción de Aristóteles que afirmaba, al lado de las leyes especiales, la existencia de un derecho general constituido por los principios no escritos que se consideraran reconocidos en todas partes²¹⁷.

²¹⁶ Buber, Martin: “Los Diez Mandamientos y la ética contemporánea”, en: *Ensayos sobre la crisis de nuestro tiempo*, Proyectos Editoriales, Buenos Aires, 1988, p. 88. El trabajo había sido publicado en el año 1929. Al final del artículo dice el sabio hebreo: “con tal que no me dejen de lado como alguien que simplemente tiene ideas anticuadas, sino que me pregunten más insistentemente que lo que debe hacerse con los diez mandamientos, yo les contestaré: hagan lo que yo mismo estoy tratando de hacer; y eso es, conducir a los demás hacia los diez mandamientos; lo que no significa conducirlos a un pergamino ni tampoco a las tablas de piedra sobre las cuales ‘el dedo de Dios’ ... escribió una vez los mandamientos, después que hubieran sido pronunciados, sino conducirlos hacia la palabra articulada” (p. 90).

²¹⁷ Perelman, Chain: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. esp., Civitas, Madrid, 1988, pp. 103-104. La obra de Aristóteles que cita es *Retórica*, I, 1368 b, 8-9. En la edición hecha en España, traducida por Antonio Tovar, Madrid, 1971, se lee textualmente: “La ley es o particular o común; llamo particular a aquella que escrita sirve de norma en cada ciudad; común, *las que parecen, sin estar escritas, admitidas en todas partes*” (el énfasis me pertenece).

Y esa idea superior constituía, evidentemente, un **juicio moral**.

2. En otro momento escribí²¹⁸ que a partir de la propia naturaleza racional del alma humana, el hombre aprehende una realidad externa a él, que son aquellas leyes impuestas al mundo (o impresas en la realidad), que no son producto de la mera razón, sino que Alguien, distinto del hombre, allí las puso. De tal forma, en virtud de su aptitud racional, lo único que hace el hombre es aprehenderlas y ponerlas en práctica a través de distintas formas que alcanzan su relieve jurídico-político mediante tradiciones, precedentes y leyes positivas.

La aprehensión humana es de *valores* (algunos los llaman *verdades*) que no fueron por él impuestas en el mundo. Puede que ciertos valores hayan sido producto de la evolución o desarrollo humano y de las instituciones, que, en realidad, no son otra cosa que el crecimiento ya impreso en el ser humano desde su nacimiento. En el campo de la ética pública hay un sentimiento o captación impresa en la mente de cada administrado de cómo debe ser el comportamiento deseado de los funcionarios públicos; y es la historia y la moral de los pueblos la que acredita su existencia.

3. Cada uno, sabrá en definitiva dónde se originan los valores que sustentan la moral pública y personal; pero no hay duda que ellos *son* y están presentes en cada uno de nosotros.

4. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y, luego, de un dictamen emitido por la Procuración del Tesoro de la Nación, han tenido expresiones que se aúnan al respecto, en dos pronunciamientos.

²¹⁸ Coviello, Pedro José Jorge: *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pp. 298-300.

En el primero, donde estaba en juego el reconocimiento de la responsabilidad del Estado (caso “Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano v. Nación Argentina”, Fallos: 245:146, del 9/11/59), dijo allí, con remisión a los principios generales del Derecho (mencionando como fuente bibliográfica el libro de Benoît Jeanneau *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administratif*) que el reconocimiento parcial de la responsabilidad que cabía en la especie al Estado era

“la simple aplicación del principio jurídico y moral que veda el enriquecimiento sin causa a costa de otro, o sea, de la aplicación de «una de esas raras reglas de derecho natural, que dominan todas las leyes, aun cuando el legislador no haya tenido especialmente el cuidado de formularlas”. “Ella rige también, por consiguiente, en relación al Estado, tanto en su favor como en su contra, que *queda así sometido a una especie de «orden moral ...»* (el énfasis me pertenece). (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, núm. 933).

De otro lado, en el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación²¹⁹, se reiteraron los principios orientadores del contenido de la ética estatal:

“...no está de más recordar que la consideración del *Estado como primer obligado ético* que siempre ha sustentado la jurisprudencia administrativa vertida por mis antecesores, inhibe cualquier elucubración jurídica que no tenga en cuenta dónde está la necesidad y la disminución de los derechos en estos actuados. Porque, como ha tenido oportunidad de destacar este Organismo asesor...: *...el Estado Nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan ...*

“Ese carácter ético que reviste el Estado ha sido constantemente predicado no sólo desde el derecho, sino también, por cierto, desde la filosofía.

“Se ha expresado en tal sentido: Como comunidad que tiene su fundamento en los fines

²¹⁹ Dictamen Nº 549, del 11/11/2003.

existenciales del hombre el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana. El Estado como comunidad lleva pues consigo la dignidad de los seres morales. Y puesto que sus funciones son fundamentales para la satisfacción de las funciones humanas, culturales y vitales, su valor en relación con los valores particulares dentro esta esfera es el más amplio; por consiguiente, un valor moral del más alto rango. Santo Tomás de Aquino no vacila en designar al Estado, lo mismo que Aristóteles, como la creación más destacada de la razón humana, y en asignar, por consiguiente, a la política el lugar más elevado entre todas las artes.(v. Messner Johannes, *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1967, ps. 857 y ss., ...).

“De otra parte, no cabe albergar dudas que la directiva constitucional de promover medidas positivas en materia de derechos humanos (v. art. 75, inc. 23, C.N.), a las que asigno no sólo un sentido compensatorio sino proactivo y amplio, y predicable respecto de todos los órganos que titularizan las funciones del poder, se erige en una pauta útil de interpretación de toda disposición normativa; ...”.

Como puede apreciarse, el dictamen que antecede marca una visión trascendente de la ética en relación con el comportamiento estatal, de profunda riqueza ética.

Y otro tanto puede decirse del pronunciamiento de la Corte argentina, donde se insiere a las relaciones con el Estado en el marco de un “orden moral”, que, *a fortiori*, abarca tanto dichas relaciones, como el comportamiento de los propios integrantes del aparato estatal, *lato sensu*.

5. Ahora bien, los textos iberoamericanos confirman o reconocen tal inserción, como puede leerse en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuando en su Preámbulo se lee, en lo que interesa, que “Los deberes del orden jurídico *presuponen otros*,

de *orden moral*, que *los apoyan conceptualmente y los fundamentan*” (el énfasis me pertenece).

Creo que frente a texto tan claro sobran las explicaciones.

III. Ética pública, Estado de Derecho.

Antes se hizo referencia al Estado de Derecho. No se hará aquí una descripción de lo que es, lo que ha significado, su evolución y las distintas denominaciones que le fueron dadas. Aunque el “Estado de Derecho” en su formulación inicial, que era, como lo describió Carl Schmitt, un “*Estado de Derecho liberal-burgués*”, no es igual al “*Estado Social de Derecho*”, como aparece en la Ley Fundamental de Bonn (art. 20.1) o la Constitución Española (art. 1º 1), ambas locuciones las utilizaré como sinónimas, lógicamente, orientada hacia la última, por su contenido material²²⁰. (No dejo de lado que otros autores prefirieron hablar de Estado de Justicia, como Del Vecchio y Goldschmidt²²¹, o, más recientemente, es frecuente el uso de la locución “Estado Constitucional de Derecho”²²², pero a todas esas denominaciones, también las tomo como sinónimas.)

1. Como se ha escrito, “Estado de Derecho es aquel que realiza una determinada concepción de la justicia, a través de una determinada técnica, adecuada a las circunstancias históricas.

²²⁰ Para la evolución de esta figura jurídica, ver, entre otros: Lucas Verdú, Pablo: *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975. García-Pelayo, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, pp. 13 y sigs. Chevallier, Jacques: *L'État de droit*, Montchrestien, París, 1992. Legaz y Lacambra, Luis: “Estado de Derecho e idea de la legalidad”, en *Humanismo, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 61 y sigs.

²²¹ Del Vecchio; Giorgio: *L'État et le droit*, trad. Fr., Dalloz, París, 1964, p. 68. Goldschmidt, Werner; *Introducción al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 409). El primero escribió en la citada obra y lugar que “el Estado debe actuar sobre la base del derecho y bajo la forma del derecho. En este sentido afirmamos también que él debe ser un ‘Estado de Derecho’ o, mejor, ‘de Justicia’”.

²²² Ver nota 9 de este trabajo.

Esa concepción de la justicia es la *personalista*. No necesita vincularse al orden de ideas del liberalismo, pero comparte con éste el respeto hacia los valores de la personalidad. Por eso el Estado de Derecho es incompatible con cualquier filosofía que no reconozca más valor sustancial al hombre que el que le confiere su inserción en una totalidad transpersonal”²²³.

El Estado de Derecho, en su concepción vigente (puesto que ha sido una construcción político-jurídica dinámica desde su origen) toma como referencia basilar a la persona, que no se la concibe aislada del resto de la sociedad, ni es sólo un mero individuo, sino que está *integrado* en la sociedad, y ésta le es tan natural como lo es el Estado, que existe para que logre su perfeccionamiento y alcance sus fines existenciales. Como escribió Del Vecchio, “El individuo debe encontrarse a sí mismo en el Estado”²²⁴. Así, hay una visión ética de la persona a través de la fórmula del Estado de Derecho, el cual no es sino la formulación jurídica de la democracia. Y esa visión es integral porque abarca el comportamiento integral del Estado en relación a la persona y la comunidad²²⁵.

Hay en consecuencia una evidente vinculación entre la ética pública y el Estado de Derecho, puesto que ella es la manifestación del comportamiento que deben ostentar quienes actúen dentro del aparato estatal (comprensivo de los tres poderes máximos), sometidos al orden de la legalidad y legitimidad públicas. El Estado de Derecho “debe concebirse como la respuesta a un problema ético general: la necesidad de someter el poder público al Derecho”, lo cual implica, entre otras cosas, “la respuesta al problema del equilibrio de los impulsos del poder y la libertad dentro del orden”²²⁶.

²²³ Legaz y Lacambra, Luis: *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 643.

²²⁴ Del Vecchio, Giorgio: *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, trad. de Manuel Fraga Iribarne, p. 448.

²²⁵ La lectura de la obra de Karl Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica* (Civitas, Madrid, 1993), constituye una referencia necesaria e insoslayable sobre el tópico.

²²⁶ Sánchez Agesta, *Principios ...*, cit. pp. 150-151.

2. Al mismo tiempo, una correcta visión del Estado de Derecho contiene la concepción que se tenga de la persona humana, habida cuenta que no puede aquél configurarse de no reconocerse y garantizarse los derechos de las personas, que son anteriores al Estado mismo. Como se ha dicho por alguien sabio y santo, en una idea por todos compartida, “Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana”²²⁷.

En ese sentido, Del Vecchio escribió que “La divergencia de las doctrinas comenzará cuando se quiere definir en qué consiste precisamente la naturaleza humana, esto es, cuáles son los esenciales factores antropológicos y psicológicos de la sociedad y del Derecho; y luego, de la diversidad de doctrina acerca de este punto, se deducirán otras discrepancias acerca de la mejor forma de gobierno y los límites naturales de su poder”²²⁸. Este autor, señaló que en la evolución del pensamiento de los filósofos del Estado, se erigió al Estado de Derecho “teniendo por supuesto la conciencia del absoluto valor de la persona”²²⁹.

3. La visión señalada es ciertamente ética, que se extrapola también a la visión que se tenga de la ética del gobernante, habida cuenta que la virtud del gobernante no está sólo en reconocer la dignidad de la persona de cada uno de sus súbditos, sino en servir virtuosamente a ellos²³⁰.

²²⁷ Beato Juan Pablo II, *Centesimus annus*, Nº 46. Ver también Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime: *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 47 y sigs.

²²⁸ Del Vecchio, *Persona, Estado y Derecho*, cit, p. 26.

²²⁹ Id., p. 35.

²³⁰ Cito nuevamente a Del Vecchio: “El pensamiento moderno, abandonándose al mero examen de los datos externos, ha olvidado demasiado los supuestos subjetivos de los mismos, y también ha olvidado demasiado que la naturaleza es sustancialmente una representación del yo, La ciencia se encuentra así en contradicción con la conciencia. Sobre todo, los principios éticos, aún vivos en el alma humana, y que esencialmente están por encima de la experiencia, se hallan abandonados y burlados por el concepto exclusivamente empírico y superficial del mundo. En vano, durante algún tiempo, la mente humana ha intentado superarse a sí misma, hundiéndose de cabeza en lo que sólo era una proyección suya; al fin tuvo que caer en la cuenta de que, procediendo así, iba siempre detrás de su propia sombra, y que el principio de la explicación de todo no estaba fuera sino dentro de sí. *Allí, en el santuario de la conciencia, en la constitución intrínseca del sujeto, debe*

En similar orden de ideas el maestro uruguayo Mariano Brito conviene que el Estado de Derecho viene a configurarse y definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una sustancial impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya proyección necesaria (libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”²³¹.

III. Ética y democracia

El poder del Estado es *moral*. No lo posee para hacer su voluntad (la de quienes gobiernan), sino para bregar por el interés general, el bien público o el bien común, según la denominación que se prefiera para designar el fin de la acción estatal.

1. De tal manera el poder es *benefactor*, en cuanto el Estado aparece como un garante de la paz, un árbitro de las disputas y un gestor de bienes²³². Es decir, actúa en beneficio de otros, no para aventajar a los gobernantes, sino al pueblo. En otros términos, la acción estatal es *vicarial*, está al servicio de sus súbditos.

El Estado se encuentra ligado por “los preceptos de la honestidad común”, puesto que el Estado es un sistema humano que se realiza por medio de actividades humanas individuales, de manera que “el respeto de la regla moral se impone tanto al Estado como a los particulares y que la mentira o el crimen de Estado no tienen mayor licitud que cualquiera

encontrarse la primera ley del ser y del conocer, y allí también debe estar la fuente del deber y del Derecho”. Id., p. 40 (el énfasis me pertenece)

²³¹ Brito, Mariano R., “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en *Derecho Administrativo. Su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 251 y sigs., esp. p. 256.

²³² Sánchez Agesta, *Principios ...*, cit., p. 86.

otra mentira o crimen”²³³. De tal forma, prosigue el gran jurista belga, el verdadero bien público —generador de la específica moral pública—, “no podría jamás emanar de una actitud inmoral o injusta, ya sea de parte de los individuos particulares, o de parte de los gobernantes que actúan en nombre del Estado. El bien público sanamente comprendido debe necesariamente conciliarse con el bien de la naturaleza humana, *lo que excluye todo argumento de ‘razón de Estado’ o de bien público opuesto a la ley humana por excelencia, que es la ley moral*” (el énfasis me pertenece) ²³⁴.

2. Esa incardinación del orden político en el orden moral, no surge solo como consecuencia de una *autolimitación* decidida por el propio Estado, más allá de que pudiera afirmarse que una de las fuentes del Derecho Administrativo la constituyen las denominadas *autolimitaciones administrativas*, las cuales, pese a ser ciertas en algunos casos, no dejan de contener un trasfondo sustentado en principios que van más allá de la mera voluntad estatal²³⁵.

La *realidad* misma nos dice que las limitaciones del Estado no surgieron por mera afirmación de la filosofía y teología judeo-cristiana. Aristóteles no era cristiano ni conocía la Ley judía, pero conocía la limitación de los poderes²³⁶.

²³³ Dabin, Jean: *Doctrina general del Estado...*, cit. p. 146.

²³⁴ Id., pp. 146-147.

²³⁵ A ellas me referí en un reciente comentario al caso “Silva Tamayo”, de la Corte Suprema, del 27/12/2011, bajo el título; “La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto administrativo en un pronunciamiento de la Corte Suprema, ED serie especial Derecho Administrativo, del 30/3/2012. Debo citar también un trabajo de referencia insoslayable como es el de Carlos Manuel Grecco: “Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 14, pp. 317-342.

²³⁶ El gobierno de la ley aparece en las siguientes ideas: “*no permitimos que nos mande un ser humano, sino la razón*”. *Ética a Nicómaco*, 1134-b, Centro de Estudios Constitucionales,, Madrid, 1981, trad. de Julián Marías y María Araujo. La otra idea es más trascendente: “*es preferible que la ley gobierne antes que uno cualquiera de los ciudadanos*”. *La Política*, 1287-a, id, Madrid, 1989.

Pues bien, lo que escribí en el punto 1, precedente, permitiría admitir que un gobierno que no fuera democrático (es decir, que no hubiera sido elegido por los ciudadanos, y no existiera división de poderes, y sin embargo respetara los derechos de los súbditos) cumpliera con los mandatos del bien común. Mas ello pudo admitirse en épocas pretéritas frente a la figura de un rey justo o santo. Hoy es impensable —no porque no existan gobernantes justos—, apareciendo así la auténtica democracia republicana como la forma exigida por la naturaleza humana para la organización del gobierno en punto a permitir la participación ciudadana en la toma de decisiones y el control de los gobernantes.

Las exigencias de la democracia parten de esencias más profundas: obedecen al desarrollo del ser humano, quien, en los tiempos que corren, exige mayor participación en el gobierno a fin de que los gobernantes cumplan con sus deberes hacia el pueblo, al que sirven²³⁷. En estos tiempos bien puede afirmarse que no hay verdadera democracia sin la observancia del principio de participación ciudadana, que es algo más que la mera emisión del voto.

3. De allí que una dictadura, o seudo dictadura (una “democracia” travestida), aunque actuara correctamente, sería moralmente rechazable, porque en la realidad de los hechos terminará ahogando la libertad e iniciativas de los habitantes, negando la incorporación de los representantes del pueblo y sus instituciones, para así perdurar lo más posible en el poder. La elección popular de esas dictaduras o seudo dictaduras, en modo alguno las legitima (Hitler arribó “democráticamente” al poder...).

Pese a esos desvíos, la democracia aparece, entre otras concepciones políticas, como aquella que atribuye (en buenos términos, los *reconoce, regula y los amplía*) “al hombre derechos inviolables; y estos derechos, para no ser violados, exigen a su vez, de parte de todos, una inalterable fidelidad al deber”, y el ciudadano es, a la vez, “legislador y súbdito”, donde “la fraternidad es lo esencial”²³⁸. Obsérvese que no hay aquí una visión individualista de la

²³⁷ Ver al respecto, Messner, en su *Ética social, política y económica ...*, cit. pp. 910 y sigs.

²³⁸ Bergson, Henri: *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, Sudamericana, Buenos Aires, 1946, p. 350.

persona, sino que existe una unión fraterna y solidaria entre quienes se encuentran inseridos en un régimen democrático.

Maritain concibió la democracia como una forma de racionalización moral de la política, que implica el reconocimiento de los fines esencialmente humanos de la existencia política y de sus raíces más profundas: justicia, ley y mutua amistad, ello, para lograr que las estructuras y órganos del cuerpo político sirvan al bien común, la dignidad de la persona humana, y el sentido de amor fraterno. Y esa forma fue la democracia, como “único camino para obtener una racionalización moral de la política. Porque la democracia es una organización racional de las libertades fundada en la ley”. Lo cual lo llevó a decir (no hay que olvidar que sus mejores trabajos sobre la política corresponden a la lucha contra el nazismo) que “Con la democracia ha iniciado la humanidad el único camino auténtico, o sea el de la racionalización moral de la vida política; en otros términos: el camino hacia la más elevada realización terrestre de que sea el hombre en este mundo”²³⁹.

4. Hay un componente de la democracia que no se le da debida trascendencia y que reviste, por su nota moral, una entidad que da vida a aquélla: la *fraternidad*, y a una de sus manifestaciones, la *solidaridad*. Ello lo advirtió en su momento el gran filósofo Bergson, ya citado más arriba en la nota 45, cuando, al afirmar acerca de que en la democracia la fraternidad es lo esencial, agregó: “lo cual permitiría decir que la democracia es de esencia evangélica y que tiene por motor el amor”²⁴⁰. Es más, Tocqueville en su momento había explicitado la influencia que la doctrina evangélica, ya fuera del protestantismo como del catolicismo, habían influido en las ideas democráticas del pueblo norteamericano²⁴¹. Desde otra óptica, un autor y político inglés, al sostener que “los principios políticos deben adoptar

²³⁹ Maritain, *El hombre y el Estado*, cit, pp. 74-75.

²⁴⁰ Bergson, *Las dos fuentes ...* cit., p. 350. Maritain siguió la misma línea, entre otras obras, en *El hombre y el Estado*, cit, p.77. Téngase presente que Bergson era judío, pero sus afirmaciones se sustentaban en valores humanos comunes a todos, sobre todo, como dije al principio, a las religiones abrahámicas.

²⁴¹ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América* (selección), Guadarrama, Madrid, 1969, pp. 235 y sigs.

un criterio ético conforme al cual hayan de formularse los juicios morales”, postulaba los criterios morales del Nuevo Testamento²⁴².

Ciertamente, de la democracia no se puede predicar que su mera mención o reconocimiento signifique que todo lo decidido democráticamente sea moralmente admisible. Vuelvo al ejemplo del nazismo, en el que Hitler advino al poder democráticamente elegido; o las

²⁴² Cecil, Lord Hugh: *Conservatismo*, Labor, Barcelona, 1929, pp. 53 y sigs. Lógicamente, el autor, que escribió este libro en 1913, era anglicano.

Sin pretender un entusiasmo que llevara a decir que sólo de los Evangelios parte la idea democrática, y su formulación jurídica, que es el Estado de Derecho, conviene señalar que ellos son la continuación del Antiguo Testamento, el cual contiene reiteradas manifestaciones y admoniciones dirigidas a los gobernantes. Así, en el Libro de la Sabiduría, leemos en el cap. 6, vv. 4-5, que el Señor advierte a los gobernantes: "Si, como ministros que sois de su reino, /no habéis juzgado rectamente, /ni observado la ley, /ni caminado siguiendo la voluntad de Dios, /terrible y repentino se presentará ante vosotros".

Isaías, en varias partes, se dirige con dureza a los gobernantes injustos: "¡Ay, de los que llaman al mal bien, / y al bien mal; / que dan oscuridad por luz, / y luz por oscuridad , ...! (5-20) [...] [¡Ay] ... los que absuelven al malo por soborno / y quitan al justo su derecho" (5-23).

En el Eclesiástico se lee: "Según el juez del pueblo, así serán sus ministros, [...] El Rey sin instrucción arruinará a su pueblo, / la ciudad se edifica sobre la prudencia de los dirigentes" (10-2) [...] "Grande , juez y poderoso reciben honores, / mas no hay mayor entre ellos que el que teme al Señor" (10-24).

Frase tremenda es la del Deuteronomio dirigida a los jueces: "... ellos juzgarán al pueblo con juicios justos. No torcerás el derecho, no harás acepción de personas, no aceptarás soborno, porque el soborno cierra los ojos de los sabios y corrompe las palabras de los justos. **Justicia, sólo justicia has de buscar**, para que vivas y poseas la tierra que Yahveh tu Dios te da" (16-18-20).

Mi amigo y hermano mayor en la fe, el rabino Gabriel Minkowicz (además, abogado y docente universitario), tuvo la gentileza de acercarme este texto: "Los preceptos generales de la ética judía en general y de la ética pública en particular se basan en el principio 'Amarás a tu prójimo como a ti mismo' (Lev. 19:18). Más aún, el hombre debe suprimir sus propios deseos y brindar ayuda, aún hasta su propio enemigo (Proverbios 25:21). Rabí Akiva, gran sabio judío del siglo II, decía que este mandamiento contenía la esencia de toda la Torá, porque equipara el amor divino con el sentimiento del hombre: 'El que es amado por los hombres, lo es también por Dios' (Tratado de Principios 3:1 3). De esta premisa se deriva un precepto que logró universalizarse: 'No hagas a otros lo que no quieras para ti' (Hillel, Shab 31 a). La idea de abstenerse de lastimar a un semejante o abstenerse de hacer el mal es básica para evitar el odio sin fundamento que destruye la vida en sociedad: 'Aborreced lo malo y amad lo bueno y restableced la justicia' (Amos 5:15)."

entonces denominadas repúblicas “democráticas”, como fue la URSS y sus satélites (entre ellos la “República Democrática” Alemana). Entre esos componentes propios de una democracia, está la moral, dado que en su puesta en práctica “los medios han de ser necesariamente morales”, toda vez que el fin para la democracia “es tanto la libertad como justicia”²⁴³.

Por ello el empleo por parte de la democracia de medios incompatibles con la dignidad de la persona, la libertad y la justicia (recordemos las “leyes” discriminatorias del nazismo contra el pueblo judío, los gitanos, la gente de color, y contra los mismos religiosos que se oponían al diabólico “sistema”) “constituiría en la misma medida un acto de autodestrucción”, lo que llevó a decir a Maritain que “no permitamos que la sofística maquiavélica nos desaliente, al decir que la justicia y el respeto por los valores morales provocan debilidad y ruina, y que la fuerza sólo es fuerte cuando se eleva al nivel supremo de la existencia política. *Lo cual es mentira*. [...] En realidad, la fuerza es supremamente fuerte *cuando la pauta suprema es la justicia y no la fuerza*” (el énfasis me pertenece)²⁴⁴. Esto último nos servirá cuando exponamos sobre la *doctrina de la excepcionalidad*.

IV. ¿Es necesario legislar la ética pública?

Mucho se ha discutido sobre si es o no necesario hacerlo. Los profesores González Pérez²⁴⁵, Comadira²⁴⁶ y Rodríguez-Arana Muñoz²⁴⁷ que mucho han estudiado el tema, expusieron las

²⁴³ Maritain, *El hombre y el Estado*, cit, p. 76.

²⁴⁴ Maritain, *El hombre y el Estado*, cit, pp. 76-77.

²⁴⁵ González Pérez, Jesús: *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 44 y sigs.

²⁴⁶ Comadira, Julio Rodolfo: “Regulación jurídica de la ética pública (con particular referencia al ámbito nacional”, en: *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. Buenos Aires, 2003, pp. 577 y sigs.

²⁴⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, *Principios de ética pública...*, cit. *passim*. Id.: *Ética, poder y Estado*, cit., pp. 132 y sigs.

posturas existentes al respecto, y a ellos me remito. No obstante me detendré en este tópico en virtud de que puede existir una cierta confusión respecto al supuesto “textualismo” de las normas que se han dictado sobre la ética pública.

1. En primer lugar, sobre la necesidad de que se legisle sobre la ética pública, mi respuesta es positiva, pese a que algunas críticas no dejan de ostentar parte de razón, como la de Nieto²⁴⁸. No se trata de negar la trascendencia que tiene la conciencia en la captación de las normas morales, como precedentemente se vio. Mas si el propio Yahvé escribió en las tablas Su Ley, pese a ser el autor de las normas morales insertas en la conciencia, fue porque entendió que lo que era la obra de sus manos necesitaba también de la expresión escrita de ella y de la precisión e interpretación de sus ministros.

Del mismo modo, la legislación sobre la ética del deber no significa que el hecho de que una conducta sea admitida como lícita o la ausencia de una situación determinada, signifique que está cubierta por la ética. Un prócer argentino, Domingo Faustino Sarmiento, dio este tópico la respuesta, durante uno de los muchos debates políticos que en su ajetreada vida sostuvo: *“No está prohibido que un hermano del presidente fuese ministro, pero la decencia lo impide”*. La frase es suficientemente clara al respecto, y aventa el “textualismo” mencionado.

De consuno con lo expresado en el párrafo que antecede, esté o no escrita una norma ética o deontológica, no significa que deba interpretarse como si fuera una norma penal, típica en su estructura y alcance. Si de alguna forma pueden describirse, podría decirse que se trata de conceptos jurídicos en cuyo seno se admiten conductas comprensivas de un núcleo ético admitido y formalizado en un texto escrito.

²⁴⁸ Nieto, “Los supuestos valores de la Administración Pública”, cit.

Un componente a tener en cuenta en la regulación normativa de la ética pública está —como se ha señalado— en indicar la dirección y el camino a seguir para favorecer la transparencia y la recta gestión administrativas²⁴⁹.

2. Las fuentes positivas de las normas sobre ética pública emergen, en primer lugar, de la Constitución, que reúne los principios y valores que dan razón a la comunidad política respectiva, los cuales, de una simple lectura comparada, muestran que son los mismos, por partir de un mismo tronco jurídico. Luego los respectivos estatutos o leyes que regulan la función pública como de las normas internacionales, entre otras, en el orden iberoamericano, la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscripta en la ciudad de Caracas, el 29 de marzo de 1996, aprobada por la República Argentina por la ley 24.759, del 4 de diciembre de 1996, y, luego bien sea por la reglamentación de las leyes respectivas o los códigos de ética pública. En nuestro país, podemos citar la ley 25.188 sobre Ética en la Función Pública; su reglamentación por el decreto Nº 164/1999; la ley Nº 25.164, Ley Marco de la Relación de Empleo Público Nacional, o el Código de Ética de la Función Pública, aprobado por el decreto Nº 41/1999. Asimismo, se creó por la ley Nº 25.233, art. 13 la Oficina Anticorrupción, que actúa dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. A dichas normas se agregan las que dictaron las provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

IV. Algunos principios orientadores

Siguiendo la línea trazada inicialmente, resaltaré algunos principios que entiendo básicos en la materia, y en relación tanto a la actuación de los tres poderes del Estado, como a nosotros, los habitantes del país.

²⁴⁹ Caputi, María Claudia: *La ética pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 162.

A. Respecto a la Administración Pública

En primer lugar, la Administración Pública debe servir lealmente a la comunidad porque debe realizar el *bien común*²⁵⁰. El gobernante es un *servidor público*, por ello “gobierna”, conduce la nave del Estado hacia buen puerto. Ésto no es utopía. Es lo que debe ser. Es un deber ético, propio de una actuación *virtuosa*²⁵¹, y, por lo tanto, imperativo para el gobernante que le corresponda el turno de ejercer tan grave y honorable función. Por ello resaltaré algunas virtudes que deben ostentar los gobernantes para cumplir acabadamente con la ética pública²⁵².

Porque las notas que en los puntos siguientes se enunciarán no se refieren al simple cumplimiento de los deberes de cualquier funcionario o a los actos que puedan entenderse corruptos, en los que cualquiera puede incurrir, desde el último agente público a la cabeza del Poder, sino a la faz *política* que es cada vez más seria en esta área, toda vez que mundialmente campea un peligroso *decisionismo* que en sus manifestaciones extremas puede llegar a despreciar el Derecho, favoreciendo la simple oportunidad política, y nada más.

1. *Servir* —dignísima palabra— es el primer deber del gobernante y de todos aquellos que desempeñan desde los más altos cargos hasta el último. De allí se deriva el resto.

Sin perjuicio de exponer sobre algunos principios o pautas que considero necesario hacer una referencia particular, me remito al valioso trabajo de Julio Pablo Comadira y Federico

²⁵⁰ Destaco en especial, el trabajo de Romeu Felipe Barcellar Filho: “Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consecutórios”, en *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, pp. 13 y sigs., esp. p. 21. Jeanneret de Pérez Cortés, María: “Ética y función pública”, *La Ley*, t. 2005-1097.

²⁵¹ Comadira, Julio Rodolfo: “Regulación jurídica de la ética pública (con particular referencia al ámbito nacional”, en: *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. Buenos Aires, 2003, pp. 577 y sigs., esp. pp. 586-587.

²⁵² Rodríguez-Arana Muñoz, *Principios de ética pública...*, cit., p. 27 y sigs.

Nielsen²⁵³, quienes así resumieron los siguientes principios, que, si bien son los que emanan del ordenamiento nacional, puede entenderse que son medulares y omnicomprensivos en este campo:

“A) Honestidad y probidad: Veracidad; Transparencia, Fundamentación y Evaluación; Ejercicio adecuado del cargo; Uso adecuado de los bienes; Uso adecuado del tiempo; Régimen de declaraciones juradas; Régimen de beneficios y regalos.

“B) Rectitud, justicia y equidad: Igualdad de trato; Régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses; Independencia de criterio; Equilibrio; Los principios en las contrataciones públicas (Publicidad, Igualdad, Concurrencia y Razonabilidad).

“C) Buena fe y colaboración.

“D) Cumplimiento de la juridicidad: Obligación de denunciar; Actuar de acuerdo con los fines de la norma; Motivación de los actos.

“E) Dignidad: Honor; Decoro; Austeridad y templanza; Tolerancia.

“F) Responsabilidad: Idoneidad; Aptitud; Capacitación; Obediencia.

“G) Prudencia: Discreción; Uso adecuado de la información”

2. La lectura de los principios anotados no son otra cosa que la derivación de esa idea de servir al bien común, a lo que agrego, como una persona honorable. Desgraciadamente el honor es un valor pisoteado por el relativismo cultural y el pensamiento débil. En la sabiduría hebrea se dice: “No es el lugar que honra al hombre sino que es el hombre mismo que honra el lugar” (Taanit, 21).

a. Pues bien, la idea de *bien común* tiene un sentido que abarca toda la acción estatal. Aquí ingresa la ética pública en la actividad de la máxima conducción estatal. *Política y ética*

²⁵³ Comadira, Julio Pablo y Nielsen, Federico: “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el Derecho argentino”, en Documentación Administrativa, Nº 267-268, setiembre 2003 - abril 2004, número dedicado a *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales (I)*, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 134 y sigs., esp. p. 145.

*no constituyen compartimentos aislados*²⁵⁴. Se alimentan de la misma raíz. Servir al bien común constituye un paradigma que es la “rosa de los vientos” del gobernante. Es estar atento a las necesidades de las personas que son servidas.

Ello implica dejar de lado el oportunismo político, el *decisionismo*, o toda otra forma de tergiversación de los fines y los medios de la concreta acción estatal.

En la órbita del Poder Ejecutivo es nota característica de ciertos países europeos, iberoamericanos, y, hasta en algunos casos en los Estados Unidos, que busque sortear el “obstáculo” del Poder Legislativo, y se dicten actos de naturaleza legislativa, denominados *decretos leyes* (art. 86 de la Constitución española), “*decreti legge*” (art. 77 de la Constitución italiana, y ley Nº 400/1988, art. 15), “*executive orders*” (Estados Unidos) o decretos de necesidad y urgencia (Argentina). No podemos dudar que pese a que hay autores que se oponen al dictado de dichas normas por el Poder Ejecutivo, la realidad puede llevar a que sea necesario que aborde ante la coyuntura que se presenta, atribuciones que pertenecen al Legislativo.

En nuestro país, ante el vacío institucional, más allá de que en la sentencia recaída *in re* “Peralta”, Fallos: 313:1513 (1990), la reforma del año 1994 fijó los términos para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia en el art. 99, inc. 3, cuyo texto es bien preciso en punto al carácter restrictivo y excepcional de ellos, lo que es comprensible para cualquier profesional del derecho como para quien no lo sea (también lo eran las pautas de aquella sentencia). Otro tanto ocurre con la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, como se inicia el art. 76 del actual texto constitucional. Es decir, no cabe duda que el espíritu que se desprende de la reforma constitucional que introdujo dichas normas fue la

²⁵⁴ Aranguren escribió que el intento de supresión de la moral de la política es un intento “inconsecuente por limitado, y, sobre ello, imposible e irrealista”. Aranguren, José Luis L.: *Ética y política*, Guadarrama, Madrid, 1963, p- 96. También: Medrano, José María: “Ética y Política: formulación general y problemas actuales”, en *Prudentia Iuris* nº 42, 1996, pp. 23 y sigs.

prohibición de que el Ejecutivo dictara normas de sustancia legislativa formal, salvo las permisiones constitucionales previstas.

b. Ciertamente, el uso de atribuciones formalmente legislativas se puede tornar un instrumento peligroso en manos del Ejecutivo. De hecho es lo que se ha denunciado tanto en Italia, como España, y lo mismo en Iberoamérica. Lo que ocurre es que la influencia de la doctrina de Carl Schmitt —bien o mal interpretada, poco importa— sobre la importancia de la toma de decisión en el marco de la excepcionalidad, superando el marco jurídico propio de un Estado de Derecho (entendiéndose por algunos corifeos que la política no está sometida al Derecho), ha renacido en las últimas décadas en Europa de manos de quienes podrían haber sido en otro momento adversarios de su doctrina y pensamiento. Ello ha sido denunciado, entre otros, por Agamben, al mostrar las anomalías institucionales en Europa y en los Estados Unidos²⁵⁵.

Es que Schmitt —a quien podríamos considerar como el más fuerte padre intelectual del decisionismo y de la doctrina de la excepción — permitió que con su doctrina, cualquier gobernante o “soberano”, como él lo llamaba pudiera decidir sobre la excepcionalidad. Y en tales extremos, sostenía que entonces “es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término. Como quiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden, aunque ese orden no sea jurídica. La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La ‘decisión’ se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta, en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el Derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto de ‘orden jurídico’ se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual”²⁵⁶.

²⁵⁵ Agamben, Giorgio: *Estado de excepción*, 3ª ed. de la traducción esp., Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2007, *passim*, esp. cap. 1

²⁵⁶ Schmitt, Carl: *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, trad. esp. de Francisco Javier Conde; Editorial Struhart & Cia., Buenos Aires, 1998, pp. 23-24.

c. Lo dicho tiene vinculación con la tradicional “*razón de Estado*”. Esta doctrina —de larga (y nefasta) prosapia, que se remonta a Maquiavelo— pretende escindir la Política de la moral, que, en otros términos más precisos, es la escisión de aquélla con el Derecho²⁵⁷. Puede ser que espíritus bienintencionados —y a menudo se ve— busquen cubrir con fundamentos rodeados de elocuencia y elevación a pensamientos morales, teológicos y hasta jurídicos, lo que no es otra cosa que una tergiversación de lo que es lo jurídicamente correcto y ético a la luz del ordenamiento estatal.

Hasta se ha buscado —y no dudo de los buenos propósitos— sostener que existe una correcta y valedera razón de Estado. Sin embargo, muchas intenciones que parecen sanear interpretaciones supuestamente equivocadas de figuras jurídico-políticas espurias, como la razón de Estado, colaboran al uso y abuso indiscriminado de ellas²⁵⁸. También podemos agregar la figura, tan común en la política y de influencia “*schmittiana*”, de “amigo-enemigo”.

Por ello, para no jugar con fuego, debe a mi juicio quitarse de todo lenguaje éticamente valedero, la citada locución. Como se escribió: “Surge así, como contrapunto a la razón de Estado, otra figura no menos heredera de la Modernidad: la del Estado de Derecho”, el cual, implica entre otras cosas reconocer que “lejos de concebirse a los derechos como mero resultado de lo establecido por la ley, se entiende que la validez de cualquier ley estará subordinada a que respete aquellos derechos previos. Todo ello invita a asumir con mayor moderación cualquier alusión a presuntas ‘razones’ peculiares. A estas alturas, resultaría suicida descuidar el esfuerzo por hacer entrar en razón a un Estado que, falto de controles, degenera en bárbaro Leviatán”²⁵⁹.

²⁵⁷ Sampay, Arturo Enrique: *Introducción a la teoría del Estado*, Politéia, Buenos Aires, 1951, pp. 225 y 466, n. 1. Legón, Faustino J.: *Tratado de Derecho Político general*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1961, pp. 381 y sigs. Friedrich, Carl J.: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pp. 385 y sigs.

²⁵⁸ Se atribuye a Quevedo haber escrito que la razón de Estado es *verdadera sin razón* (Legón, ob. cit., p. 384).

²⁵⁹ Ollero, *Responsabilidades políticas*, cit., p. 15

d. Ahora bien, junto a la crítica del “decisionismo”, en cuanto lo que más importa es la ocasión o la coyuntura u oportunismo, otro tanto es extensible cuando se trata de paliar un mal que afecta a la comunidad dejando de lado el Derecho y el respeto de los derechos. Un ejemplo es la lucha contra el delito, cuando éste alcanza grados de violencia insoportables: los delitos se combaten con la fuerza de la ley y no con la ley de la fuerza. Sólo por la razón se logra el orden justo y no por la nuda fuerza.

3. No hace falta entonces desarrollar la trascendencia que al decisionismo —moderna “razón de Estado” de ciertos politólogos a quienes se aúnan, lamentablemente, algunos juristas—, opone y enfrentan los principios y valores que se desprenden del *Estado de Derecho*, entre ellos un valor fundamental: la *seguridad jurídica*. Con acierto, el maestro Comadira denominó a este deber como *deber de juridicidad*²⁶⁰.

Obsérvese cómo de la idea de servir al bien común se desprende la idea de *hacerlo bien y virtuosamente*, y justamente tal adjetivación no se logra si no se observan en toda actuación las líneas que nos señala el contenido moral del Estado de Derecho.

4. Una de las facetas éticas de la actuación estatal es la *buena fe* que deben observar las autoridades²⁶¹. El deber de buena fe es un principio general del Derecho, que abarca a toda acción humana. De allí que, como derivados de la buena fe se desgranar la doctrina de los *propios actos*²⁶² y de la confianza legítima²⁶³.

²⁶⁰ Comadira, Julio Rodolfo: “Regulación jurídica de la ética pública ...”, cit., p. 589.

²⁶¹ Es necesaria la mención del profundo estudio de don Jesús González Pérez: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 3ª ed., Madrid, 1999.

²⁶² Mairal, Héctor A.: *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988, *passim*.

²⁶³ Bacellar Filho: “Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consecutórios”, cit., p. 23. Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, cit.

Ello quiere decir que la acción estatal no debe sorprender la buena fe (auténtica, por cierto) del administrado, con cambios de conducta que producen un agravio a los derechos y expectativas que le habían generado. Muchas veces los gobernantes y funcionarios creen que pueden variar a voluntad sus criterios, afectando así la seguridad jurídica. Por desgracia, hay funcionarios que así lo creen y asesores jurídicos que o callan, ignoran, son cobardes o no les importa decirles a aquéllos que no deben actuar así²⁶⁴.

Es decir, el administrado no debe ser un convidado de piedra de toda decisión estatal que le afecte. Por suerte, pese a ciertos ignorantes de ello, hoy en día se han incentivado los métodos de participación de los administrados en la toma de decisión en diversas materias,

En el Código Europeo de la Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo, se lee en el art. 10, bajo el epígrafe “Legítimas expectativas, consistencia y asesoramiento”, que: “1. El funcionario será coherente en su propia práctica administrativa, así como con la actuación administrativa de la Institución. El funcionario seguirá las prácticas administrativas normales de la Institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual; este fundamento deberá constar por escrito. 2. El funcionario respetará las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado”.

En el derecho español se lee en el art. 3º del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aprobado por la ley 30/1992 (y sus modificatorias), que las Administraciones Públicas “deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”

²⁶⁴ Los cambios sorpresivos son provocados muchas veces por falta de previsión de las autoridades, que entonces endosan o a los administrados su “desliz” o violentan el ordenamiento jurídico para sortear el obstáculo. Deberían recordar el pensamiento de —dejando de lado lo que pueda opinar de él (del gusto, por cierto, de los “decisionistas”)— Maquiavelo: “cuando los males se prevén con antelación es fácil ponerles remedio ... [...] Lo mismo sucede con los asuntos de estado, porque los problemas que nacen se pueden solucionar rápidamente cuando se perciben a tiempo (un don que solo tienen los prudentes), pero si, por no haberlos advertido a tiempo, se los deja crecer hasta que todos los conocen, ya no tienen remedio.” *El Príncipe*, cap. III, trad. esp., Espasa-Calpe, Madrid, 2007.

entre ellas, los reglamentos vinculados a los servicios públicos, mediante las audiencias públicas²⁶⁵

5. Los enunciados son los aspectos relevantes que me ha parecido necesario destacar, que han surgido de la práctica que he tenido en este terreno, y que lógicamente no agotan el tema, que exigiría para un detalle mayor un estudio mucho más extenso y hasta un verdadero tratado. Me remito a mejores plumas que expusieron con elocuencia sobre la materia.

Empero, en nuestro país se ha expuesto no sólo sobre las anomalías advertidas, que en definitiva son comunes a los distintos países²⁶⁶, en las obras destacadas de Gordillo²⁶⁷ y Mairal²⁶⁸, en las que se puede ver que no es exclusiva responsabilidad de quienes exponen la doctrina “*aggiornada*” sobre la razón de Estado, sino que hasta el propio Derecho Administrativo puede constituirse en una herramienta que, mal utilizada, sirve a fines carentes de beatitud.

B. Respecto al Poder Legislativo

Lo expuesto sobre la Administración Pública es extensible al cumplimiento en de la actividad materialmente administrativa por parte del Poder Legislativo.

²⁶⁵ Comadira, Julio Rodolfo: “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas)”, en *El Derecho*, serie especial Administrativo, diario del 29/4/2005.

²⁶⁶ En España: Nieto, Alejandro: *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984. O en Uruguay: Durán Martínez, Augusto: *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2008, vol. I, pp. 327 y sgs., y vol. II, pp. 89 y sgs.

²⁶⁷ Gordillo, Agustín A.: *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1995.

²⁶⁸ Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción, o cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2007.

1. Respecto a la función legislativa en sí, propia de ese Poder del Estado, bien sabemos los ciudadanos que lo que les exigimos a los representantes del pueblo, que sean “nuestros representantes”, y no de parcialidades políticas o de ciertos intereses.

No podemos negar que nuestros representantes como todos nosotros, los ciudadanos comunes, tenemos distintas ideas y creencias. Pero es necesario que tomen conciencia que el Estado no tiene un “interés” o fin propio, que es el disfraz que muchas veces se utiliza para esconder los fines sectoriales. El interés público es el de la comunidad a la que sirven.

2. También deben tener presente que cuando dictan una ley que implica un comportamiento o garantía hacia el pueblo, ulteriormente no pueden alterarlo, afectando a éste. Cuando nuestros representantes prometen algo al pueblo, deben cumplirlo. Es un compromiso republicano. Por cierto que cuando sea necesario dejarlo sin efecto por motivos razonables, deben prever las medidas que ayuden a paliar los efectos dañinos ocasionados. Ello es también protección de la confianza.

La violación del compromiso republicano asumido en la ley 25.466 de que se mantendría la intangibilidad de los depósitos fue, junto con el decreto 214/2002, una muestra tangible del incumplimiento de la palabra dada²⁶⁹.

3. Asimismo, y más allá de que se pudiera decir que en otros países democráticos ocurre lo mismo, la permanencia en los cargos legislativos —aunque se renueven democráticamente—no favorece al sistema republicano, puesto que, salvo enfermedad incapacitante o muerte, no se permite que los cuadros más jóvenes puedan acceder a esas altas y dignas funciones, favoreciendo la renovación legislativa. En tal sentido, la periodicidad en los cargos es, según lo aprecio, en una democracia republicana más beneficiosa que la continuidad en ellos.

²⁶⁹ Recomendando la lectura de la disidencia de la jueza Carmen Argibay en la causa “Massa”, Fallos: Fallos: 329:5913 (2006).

C. Respetto al Poder Judicial

Reitero lo referente al ejercicio de la función materialmente administrativa por parte del Judicial, para el que vale lo dicho al respecto más arriba.

1. Hay clásicas cualidades predicables y exigibles al juez, como, en primer lugar, la independencia, la prudencia, la imparcialidad, la austeridad, la humildad, la no “utilización” de los bienes y personal del Estado para servicio propio (p. ej., el policía asignado al magistrado para llevar a los hijos al colegio –y no por razones de seguridad–), etc²⁷⁰. En este sentido, la obra del juez Carlos S. Fayt, *Principios y fundamentos de la ética judicial*,²⁷¹ es fundamental para todos nosotros los jueces, en actividad o retirados. Ante una obra así no hacen falta mayores precisiones. Fue un juez que en su función mostró coherencia moral, y que no se arredró ante los ataques de quienes lo querían quitar del alto cargo que supo honrar.

Mas, por experiencia personal es conveniente apuntar algunas consideraciones particulares: Un deber básico del juez es la *dedicación* a su cargo. Hay magistrados que gran parte de su tiempo está empeñado en actividades sociales, docencia, encuentros académicos o escribir libros jurídicos. Ello no significa que no puedan cumplir esas actividades, que son naturales —entre ellas la docencia—, pero *no exclusivas* del juez. En ciertos casos me he preguntado cuándo estudian esos jueces sus expedientes, cuántas sentencias han escrito, de su puño y letra, si estudiaron debidamente la causa respectiva o cuánto es el tiempo que están en su

²⁷⁰ Tengo una anécdota de Alfredo Orgaz cuando era juez de la Corte Suprema de la Nación: un día el recordado Pedro Guillermo Altamira, profesor titular de la Universidad Nacional de Córdoba, pasaba junto a su hijo, el profesor Julio Isidro Altamira Gigena, frente al Palacio de Tribunales, en Buenos Aires. De repente vieron que Orgaz salía —solo— de la estación del subte. Al verlo el profesor Altamira le pregunta: “Qué hacés”, le contestó Orgaz: “vengo a trabajar”. Ante su sorpresa de verlo solo, preguntó Altamira; “Pero, ¿no tenés chofer?”, a lo que le respondió: “Sí pero es para los actos oficiales. Yo vengo a trabajar”. La anécdota me la contó el profesor Altamira Gigena.

²⁷¹ La Ley, Buenos Aires, 2006.

despacho y cuánto en la cátedra u otras actividades intrascendentes para el servicio al justiciable (seguramente serán más útiles a los intereses personales del magistrado).

2. El juez tiene un deber ético de cumplir, hasta heroicamente, con su alta investidura. Por cierto, y es bueno decirlo, sin llegar a tal extremo de la heroicidad, se lee en la historia del contencioso administrativo de otros países que los jueces retrocedían en el control de los actos de gobierno o de los dictados en ejercicio de la potestades discrecionales. Bastaba su mera mención para que ejercieran un simple y cómodo “*self restraint*”, invocando que no se podía horadar esos ámbitos bajo el argumento de la división de poderes.

Frente a ello, nuestro país, por suerte, mostró de parte de los jueces de todas las instancias y fueros un avance constante y decidido en materia del control de los actos de los poderes públicos, que en más de una ocasión superó al de países modélicos²⁷², más allá de que se observe que hay todavía en algunos y aislados casos un *ricorsi* a superados criterios dogmáticos y jurisprudenciales (ajustados a la idea de que el principio de división de poderes inhibiría el control judicial).

3. Hay una virtud que muchas veces está ausente en algunos jueces y funcionarios judiciales, que denominaría “coraje jurídico” : antes de cambiar la doctrina judicial o dejar de lado concepciones que no se ajustan al estado actual de las ideas jurídicas vigentes, no se atreven a tomar la decisión que conduciría a la solución justa del caso. En el fondo aun

²⁷² Sobre el tema, ver entre otros: Cassagne, Juan Carlos: “La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial”, en *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 1995. Comadira, Julio Rodolfo: “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, en *Suplemento de Derecho Administrativo*, ED del 29/3/00, y en *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003. Sesín, Domingo Juan: *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, 1994. Hay una 2ª ed., Buenos Aires, 2004. Villarruel, María Susana: “Reseña acerca de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos treinta años”, en EDA del 31/10/2011. Coviello, Pedro J. J.: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en AAVV: *Control de la Administración Pública (administrativo, legislativo y judicial)*, jornadas organizadas por la Universidad Austral 15-17 de mayo de 2002, Buenos Aires, 2003.

teniendo un criterio distinto, por pacatería prefieren y afirman que hay que sujetarse a la jurisprudencia, como si fuera dogmáticamente pétrea, o si en nuestro país estuviera bajo la órbita del *common law*.

Por supuesto que lo que digo no significa que el juez vaya a la moda según las corrientes en boga. El juez no debe resolver según su *ideología* o pensamiento prefijado. Por ejemplo, cuando se pretende que el Estado no debe responder o desarrollan alquimias para no hacer responsable al Estado por los daños que provoca²⁷³. Para otros hay que tomar o presumir por ciertas, sin mayor indagación, las razones que da el Estado para tomar determinadas decisiones, yendo más allá de la prudente aplicación del principio de la presunción de validez o presunción de constitucionalidad (presunción, ésta, de uso frecuente por nuestra Corte Suprema en los últimos años, y que le ha permitido ejercer con eficacia dicho control).

4. De otro lado, hay un accionar no menos criticable, que es el de los jueces que creen que pueden sustituir la competencia del Ejecutivo o del Legislativo, tomando decisiones que sólo éstos órganos supremos pueden tomar (lo que no significa que pueda tomar las medidas cautelares y urgentes que la situación exija). El juez es una persona de Derecho, cuyo rol —porque así es la manda constitucional— es pronunciarse en forma independiente y objetiva ante un conflicto intersubjetivo de intereses. Allí está la función que debe cumplir. El juez no es médico, ingeniero, legislador o político. Es juez; y nada más (y nada menos)²⁷⁴.

²⁷³ La Suprema Corte norteamericana ha sido un ejemplo en ello.

²⁷⁴ Lo cual no significa que en determinadas situaciones pueda sustituir las decisiones adoptadas en el marco del ejercicio de potestades discrecionales, en los términos que expuse en: “El poder de sustitución del juez”, *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, correspondiente a las jornadas organizadas por la Universidad Austral, los días 13-15 de mayo de 2009. Ediciones Rap, Buenos Aires, 2010.

D. Respeto de los habitantes de la Nación

¿Hay una ética pública de los ciudadanos? Por cierto, y en sus relaciones comunitarias y con el Estado mismo. Es justo que al lado de los vicios que muestra la ética de la gestión estatal, se señale la importancia en determinados casos ostenta la acción de los particulares.

1. Los gobernantes son hijos del pueblo, sus concepciones de vida, cultura y de su tiempo. Son al mismo tiempo, por la altura de su magistratura, referentes morales en los que el pueblo se ve reflejado o quiere verse reflejado. Cuando el gobernante es corrupto o amoral en su proceder, no deja su conducta de ser ejemplar para espíritus débiles moralmente. Y la ejemplaridad cunde entonces.

Por ello está en la sociedad, y no exclusivamente en manos de los gobernantes, educar en la moral a sus miembros: padres a los hijos; maestros a sus educandos, y así subiendo en los escaños hasta las supremas autoridades. Y la educación parte de lo más elemental, por ejemplo, desde no arrojar un papel al piso en la vía pública, respetar las señales de tránsito, pagar los impuestos, cumplir nuestros deberes cívicos, etc.

2. De allí que incumbe a todos nosotros, los gobernados, mirarnos en el espejo de la moral para ver cómo estamos, y no mirar sólo la paja en el ojo de los gobernantes.

V. Reflexión final

1. La ética nos marca el camino de nuestra vida en lo interno, a través de la voz de la conciencia, y en lo externo, en las relaciones con los otros y en el cumplimiento del deber. Es un duro camino, en primer lugar con nosotros mismos ante la necesidad del seguimiento de lo que debemos hacer para nuestra perfección como seres humanos, y luego en nuestra

acción frente a nuestros otros congéneres en cada lugar en el que desarrollemos la vocación personal.

2. En esa acción tiene que existir un amor hacia los otros, manifestado en el cumplimiento consciente y correcto de los deberes comunitarios y cívicos, y hacia uno mismo (porque como decía Fromm²⁷⁵, el amor a sí mismo no es un defecto sino una necesidad y hasta, agrego, imperativo moral). Precisamente, aquí se refleja la identidad y continuidad con nuestros hermanos mayores en la fe, cuando Nuestro Señor Jesucristo responde a la pregunta de un escriba sobre cuál era el primero de todos los mandamientos, respondió: “El primero es: ‘Oye Israel, el Señor nuestro Dios, un solo Señor es. Y amarás al Señor tu Dios de todo tu corazón, y con toda tu alma, y con toda tu mente, y con toda tu fuerza’. El segundo es: ‘Amarás a tu prójimo como a ti mismo’. No existe mandamiento mayor que éstos” (Marcos, 12, 29-31). El primero es tradicional y heroico Shemá, que ha sido el grito y credo del pueblo de Israel (Deuteronomio 6, 4-5), y el segundo, nos señala el otro mandamiento fundamental para todo hombre y mujer de fe (Levítico, 19, 18). Allí está la base de sustentación de todos los valores morales consecuentes.

3. Lo que digo muestra, según lo entiendo, que en la ética hay una prolongación del amor cuando la extendemos a la faz pública, hacia los otros, aparte de uno mismo. No habrá una verdadera ética pública si falla esa virtud del lado de los gobernantes hacia su pueblo y de éste hacia aquél. Hay, diríamos, un flujo y reflujo en esas acciones virtuosas: la justicia, la fraternidad y la solidaridad son su reflejo. Es más, puede decirse que la ética, sustento del orden jurídico (en sentido amplio, comprensivo de las leyes positivas y los principios y valores que lo nutren), es una muestra del amor de Dios, puesto en nuestros corazones y en la realidad, a fin de que, por la senda de sus preceptos, lleguemos algún día a ver Su Rostro (Salmo 42, 3), luego de nuestra jornada en este mundo.

²⁷⁵ Fromm, Erich: *El arte de amar. Una investigación sobre la naturaleza del amor*, trad. esp., 15ª ed., Paidós, Buenos Aires, 1974pp. 65 y sigs.

4. De allí que si sólo ciñéramos la ética pública a un mero respeto formal de las pautas diseñadas por el ordenamiento jurídico o los expertos, estaría faltando algo fundamental. No puede haber en el marco de un verdadero orden democrático una auténtica ética pública si los súbditos no vemos en nuestros gobernantes a personas a quienes debemos respetar y – aunque a algunos parezca absurdo–, amar, no sólo por la autoridad que detentan, sino porque moralmente debemos hacerlo²⁷⁶. Otro tanto vale para nuestros conciudadanos que son nuestros prójimos, y no extraños.

Pero al mismo tiempo los gobernantes no pueden meramente pensar que toda su acción se basa en la simple “política” —como si ésta fuera un fetiche ante el que se prosternan—, sino un *servicio al público*, al pueblo a quien gobiernan y sirven.

5. Hay de alguna manera un grado de heroicidad en la práctica de las virtudes vinculadas a la ética pública porque la corrupción de los gobernantes siempre existirá en grado mayor o menor a lo largo de la historia del mundo, pero no debe eso llevar a bajar los brazos en la lucha. Puede que los frutos no los veamos nosotros. Pero no hay que cejar.

Se trata de practicar las virtudes cotidianas del buen ciudadano para que haya buenos gobernantes. Hay que comenzar con nuestros hogares, nuestras ocupaciones y con la educación, para conseguir gobernantes virtuosos. Los edificios se construyen desde sus cimientos. El edificio de la moral pública también.

6. Nos enseñaba Comadira que “Si el anhelo social de ética pública no pretende alcanzar también a la propia conducta de los ciudadanos cuando éstos se vinculan de cualquier modo con el Estado, la regulación no sólo se muestra como jurídicamente incompleta, sino que, y por sobre todo, se evidencia como una muestra más de hipocresía social. [...] La conducta

²⁷⁶ San Pablo, frente a gobernantes despóticos, replicaba con el deber de respeto a las autoridades, las mismas que más tarde lo condenaron, como se muestra en la Epístola a los Romanos, cap. 13, vv. 1 a 7. No nos olvidemos en materia de tributos el “Dad al César lo que es del César”.

virtuosa no se puede lucir en la función pública si antes no está vigente en la propia convivencia ciudadana”²⁷⁷.

Ello nos debe conducir en definitiva al compromiso y solidaridad entre todos los que habitamos el país, y la conciencia ética, como se aprecia, nace desde abajo, desde el hogar y la escuela, todo en aras de lograr un país mejor. Precisamente, un gran filósofo argentino, Santiago Kovadloff, escribió este pensamiento con el que concluyo, y al que adhiero: “Dejar de soñar con un país mejor equivale a resignarse a que la decadencia administre la historia”.

²⁷⁷ Comadira, Julio Rodolfo: “Regulación jurídica de la ética pública ...”, cit., pp. 615-616.

SOBRE EL DISCURSO JURÍDICO ANTICORRUPCIÓN DENTRO DE UN SISTEMA QUE LA PROMUEVE*

Por Isaac Augusto Damsky

Cuanto más corrupto es el Estado, más leyes tiene
Tácito

* Agradezco el honor que entraña la generosa invitación de los Profesores Guillermo Rizzi y Martín Espinoza Molla a disertar en la Universidad Nacional de La Plata en el marco de las actividades académicas que merced a su enjundia vienen desarrollándose y a escribir en ésta obra colectiva fruto de la iniciativa de mis distinguidos Colegas.

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 fungen 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 obscuras 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 ¿Porqué el hombre es corrupto? Empezaría mejor invirtiendo los términos: ¿Porqué alguien no es corrupto?; ¿Qué hace que alguien se frente

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 antigua 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” 278 o Freud en “el malestar en la cultura”279. 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.

Desde ésta 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 cuestionada 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 corrupción²⁸⁰.

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

²⁷⁸ Levi-Strauss, Claude, “Las estructuras elementales del parentesco”, B.A., Paidós, 1969, ps. 35 en adelante.

²⁷⁹ Freud, Sigmund, “El malestar en la cultura” (1930), Traducción de Luis López Ballesteros, Barcelona, Reedición de Alianza Editorial, 2006.

²⁸⁰ Ampliar en: Lipovetsky, Gilles, “Los tiempos hipermodernos”, Barcelona, Anagrama, 2006.

un oscuro poder económico de “crony” capitalistas²⁸¹ que se encuentran con gobernantes espúreos 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 éste problema y han robustecido el desarrollo de un entramado normativo interno especial en cada Estado Nacional. Pero sin embargo encuentro que algunas de éstas previsiones quedan reducidas a pías 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 si 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 Ramon Capella: que el derecho y el poder contemporáneos son una entidad integrada por varios estratos superpuestos que

281 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 E.D.A., BA, 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”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p. 161 a 192.

evolucionan de manera desigual en los distintos contextos históricos temporales formando el ordenamiento, disfuncional, que tenemos hoy²⁸².

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 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 24759 y, acaso, incardinada dentro de los destellos dialógicos inspiradores de algunos pasajes de la

282 Capella, Juan Ramón, “Fruta Prohibida. Una aproximación histórico- teórica al estudio del derecho y del estado”, Madrid, Trotta, 2001, pags. 12 y sgtes.

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 pública que para mediados de la década de 1990 se encontraban circunscriptas a las audiencias públicas en materia de servicios públicos. La importancia de ésta conexión –insisto, entre muchas otras- se afinque, 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. Veamos. 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, aún 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. (citarme)

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 primero 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 intensiones. 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 6 de la Ciudad de Buenos Aires sobre Audiencias Públicas o en la Ley 70 sobre Administración Financiera y en su celebrada Ley 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 afinca 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 70 de Sistemas de Administración Financiera y la Ley 2095 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. Propongo adentrarme brevemente en ellas.

III.1.1.- La Ley 70 de Administración Financiera y Sistemas de Control.

Respecto de la primera, la Ley 70²⁸³, corresponde decir que principiará -con énfasis- su articulado consagrando en su artículo tercero 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 décimo quinto 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 70 proseguirá con el mismo ahínco estableciendo en su artículo noveno que: *“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 décimo que *“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 que *“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 doce, orientados a proveer de datos, metodología e información *“necesaria para que las decisiones públicas se tomen siguiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia”*, más no en el principio de participación, cuya falta de mención, ahora sí, a partir de aquí –excepción hecha

²⁸³ Respecto de los objetivos de la ley 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 Auditoria General. Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política”*, V.V.A.A. *“Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, Bidart Campos, Germán –Gil Domínguez, Andrés, Coordinadores, B.A. , EDIAR, 2001, ps. 277 en adelante.

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.

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 cerrado. 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 operativos²⁸⁴.

III.1.2. La Ley 2095 de compras y contrataciones.

Lo propio acontece en la Ley 2095 de compras y contrataciones de la Ciudad. Si bien comporta una estructura afín a las previsiones del régimen nacional contenido en los Decretos 1023/2001 y 1030/2016 en orden a la implementación de tipologías y modalidades contractuales más dinámicos y actuales²⁸⁵, 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

²⁸⁴ 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 V.V.A.A., Bidart Campos, Germán – Gil Dominguez, Andrés, “A una década de la reforma constitucional”, BA, EDIAR, 2004, ps. 171 en adelante.

²⁸⁵ 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 Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinario, jurisprudencial y normativo”, BA., Ed. Jusbaire, 2016. En especial su Capítulo Primero “Régimen de Compras de la CABA. Cuestiones Iniciales”, ps. 17 en adelante.

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 “**incierto**s” 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 como se manifiesta esto en la ley local de compras.

Esta norma también principiará -con énfasis- su articulado declamando en el ***inciso octavo de su artículo séptimo*** que “***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 séptimo 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 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, en **3º)** lugar 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.

A éste 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.2.- Ética Pública.

Dentro del contexto apuntado se desarrolló el denominado Código de Ética en la Función Pública aprobado por Decreto 41/1999, luego la Ley 25188 de 1999 sobre Ética en el ejercicio de la función pública y su modificatoria, la Ley 26857 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 primero 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 cuentan con una muy vasta producción doctrinaria entre las elaboraciones de especialistas y los documentos de consultoría, lo cierto es que éste 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 contenidas en el artículo segundo 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 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 sino 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 fungan 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 éstas normas no poseen virtualidad ni para impactar, ni para modernizar y menos aún para corregir o modificar a aquellas normas troncales administrativas que facilitan a 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 quasi omnímodas potestades e incausados privilegios estatales o las cortapisas a la efectividad del control judicial.

Merece destacarse entre otros desarrollos contemporáneos al régimen de ética pública que, si bien cercanos en el tiempo y afines a la promoción de la transparencia e interdicción de la corrupción, no alcanzaron jerarquía legal o trasuntaron parciales reconocimientos reglamentarios con errática efectividad como el caso del Decreto 229/2000 creador del programa “Carta Compromiso con el Ciudadano” o el esperanzador Decreto 1172/2003 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.3.- La Convención de 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 26097. 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 advierten 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 a 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. El segundo, 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 primero 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 3º 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”.

Ésta fórmula se contiene en el artículo quinto, 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 décimo 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 décimo tercero “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 se especifica 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 conforman 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 séptimo sobre sector público y el artículo noveno 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 interdictar los frecuentes voluntarismos generadores de decisiones arbitrarias.

III.3.1. 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 25246 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 vinculan 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 ésta 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 éstas 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 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 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 25246 sobre lavado de activos. La producción en esta materia es igual de profusa y nos excede en mucho un tratamiento exhaustivo.

III.4.- Derecho de Acceso a la Información.

Así llegamos al especial y muy esperado hito del año 2016 afincado en el dictado de la Ley 27275 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 primero 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 primer 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 –al menos intentar- la progresiva erradicación del inveterado sigilo y obscuridad que ha constituido desde siempre un territorio fértil a la corrupción. En ese orden, otra de las previsiones remarcables de la ley se afinca 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 nº 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 Art. 1º 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 ésta 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 art. 1º de la Ley 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 104 que considera en su artículo 2º como información a cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales; y acuerda –en su artículo 8º- 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 restricción²⁸⁶.

²⁸⁶ Ampliar en: Dalla Vía, Alberto y Basterra, Marcela, “Habeas data y otras garantías constitucionales”, Ed. Némesis, 1999; y Alberto Dalla Vía, Manual de Derecho Constitucional, B.A., Abeledo Perrot, 2011. Y en mi anterior trabajo antes citado: Damsky, Isaac Augusto, “La jerarquización Constitucional del control...”, p. 297.

IV.- El 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 corra 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 apuntamos²⁸⁷.

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 raquíticas, 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 cuál 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.

²⁸⁷ Ampliar en: Mairal, Héctor, “Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, BA, Ed Rap, 2007 y, del mismo autor: “¿Uno o dos derechos administrativos?”, BA, L.L., Suplemento Extraordinario 75 Aniversario, ps. 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 BA, L.L., Suplemento Extraordinario 75 Aniversario, ps. 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...”).

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 vacuo arropado de retrógrada doctrina restrictiva de las libertades. El clarividente círculo áulico tiene bien en claro la acabada efectividad y vigencia de aquel silencioso brocardo 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 previsiones facilitadoras de prácticas de corrupción. Si bien su tratamiento exhaustivo excede en mucho a los propósitos de éste breve trabajo, puesto que ya ha sido muy largamente tratado por los autores citados, a continuación me propondré identificar algunas técnicas más caras a éstas 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 previsiones específicas. Se consagra una obligación, se reconoce un 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 afincados 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 acceso²⁸⁸.

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, bajo 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

²⁸⁸ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La transformación del procedimiento administrativo”, en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica Nº 105 –Mayo/Junio 2016, p. 521 y sgtes.

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 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 postulo 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 ésta 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.

Veamos. 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, en 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 es resuelta, 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 resolver²⁸⁹.

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.

²⁸⁹ Me remito a: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en V.V.A.A, “El Derecho Administrativo hoy. 16 años después. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”, BA, Ed Rap, 2013, ps. 527 en adelante.

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 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 militarii”) 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, obtenido 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 bajo las siguientes expresiones todas ellas al amparo de su ejercicio bajo 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; 3°) Potestad de modificación unilateral del quantum de un contrato administrativo –el *lus Variandi* contractual público- 4°) Potestad de dirección, fiscalización y control que convergen en la tan temida potestad sancionatoria mediante la cuál 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 poder²⁹⁰.

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 si, 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 cuál se distingue el “contrato administrativo” del contrato de derecho privado se basa en éste tipo de poderes

²⁹⁰ Me remito a: Damsky, Isaac Augusto, “Excursus sobre la forma en los contratos administrativos. Aproximación a algunas cuestiones ocultas”, Suplemento de Derecho Administrativo, Bs. As., La Ley, 2011.

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 configuran 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 que hablar de todos los criterios interpretativos de las normas. Baste esta presentación preliminar como una introducción que advierta al lector desprevenido a cerca 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 funjan de herramienta útil para evitar los desvíos y perjuicios fiscales.

V.- Reflexión Final.

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 impulsa 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 cuál 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 ésta 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.

Para concluir, en lo personal estoy persuadido que a la corrupción y a las normas que la fomentan, se las combate con más derecho y no con más normas.

Terminaré mis palabras parafraseando esa bellísima provocación del célebre médico 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.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DEL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE (CON MOTIVO DEL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA)²⁹¹

Ignacio M. de la Riva

²⁹¹Es oportuno señalar que una versión más extensa y completa de este trabajo se encuentra en prensa y será publicada próximamente en el marco de una obra colectiva a ser editada por el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, bajo la dirección del Prof. Juan Carlos Cassagne y con el siguiente título: *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.

1. Términos de la cuestión planteada

En el año 1993, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.309 que declaró la necesidad de introducir una reforma parcial a la Constitución Nacional. En esa ocasión, el legislador estipuló de manera precisa los artículos del texto constitucional susceptibles de ser enmendados por la Asamblea Constituyente, todos ellos pertenecientes a la parte orgánica de la Constitución²⁹². En aras afijar de manera todavía más explícitos contornos materiales de la tarea que debería desempeñar el cuerpo constituyente, los artículos 4°, 6° y 7° de la propia ley 24.309 establecieron las siguientes pautas:

- a) la Convención Constituyente se reuniría “con el único objeto” de considerar los temas habilitados por el Congreso para su debate²⁹³;
- b) sería nula toda modificación del texto constitucional que se apartare de la competencia asignada a la Asamblea Constituyente al declararse la necesidad de la reforma por parte del legislador²⁹⁴; y
- c) quedaba vedado a la Convención Constituyente introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en la Primera Parte de la Constitución Nacional²⁹⁵.

En cumplimiento de la tarea que le fuera encomendada, el órgano constituyente introdujo varios cambios al artículo 75 del texto constitucional que, como se sabe, enumera las atribuciones del Congreso de la Nación. Entre ellas, incorporó al citado precepto un nuevo inciso 17, en virtud del cual se encomienda al legislador nacional “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y garantizarles –entre otras

²⁹² Artículo 2 de la ley 24.309.

²⁹³ Artículo 4 de la citada ley 24.309.

²⁹⁴ Artículo 6 de la ley 24.309.

²⁹⁵ Artículo 7 de la ley 24.309.

prerrogativas- “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”.

Más allá del amplio respaldo político con que fue recibida la cláusula añadida, desde una perspectiva estrictamente jurídica su textogeneraciertosproblemas interpretativos,entre los cuales sobresale el que plantea la necesidad de armonizartal reconocimiento de la propiedad comunitaria en favor delos pueblos originarios con el dominio sobreidénticas tierras que, en muchas ocasiones, ostentaban (y ostentan) otras personas cuyoderecho de propiedadcuenta conigualamparo constitucional²⁹⁶. Y ante los precisos límites impuestos por el legislador al órgano constituyente, es evidente que cualquier lectura de la enmienda dirigida a asumir que los cambios incorporados al artículo 75 de la Carta Magna puedan haber supuesto un cercenamiento al derecho de propiedad garantizado por su Primera Parte, debe ser descartada de plano.

2. La propiedad indígena consagrada por el constituyente de 1994

2.1. La propiedad indígena frente al clásico derecho de dominio

La reforma constitucional de 1994 incorporó al ordenamiento argentino la figura de la propiedad comunitaria indígena. Ella consiste, en palabras del propio constituyente, en el reconocimiento de “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” tales pueblos²⁹⁷, y en la posibilidad de que el Congreso decida entregarles, adicionalmente, “otras (tierras) aptas y suficientes para el desarrollo humano”²⁹⁸.

Qué duda hay de que semejante añadidosignificó una importante novedad para nuestro Derecho, en tantola naturaleza comunitaria de la propiedad indígena se aparta notoriamente de los moldes clásicosde los derechos reales en nuestro ordenamiento, que caracterizan al

²⁹⁶Artículo 17 de la Constitución Nacional.

²⁹⁷Artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional.

²⁹⁸Idem. nota anterior.

derecho de propiedad como una prerrogativa de carácter individual y exclusiva²⁹⁹. Por el contrario, la dimensión colectiva de que se ha revestido a la propiedad indígena se atiene, por cierto, a la cultura de los pueblos precolombinos, que mantenían con la tierra un nexo que los remitía a sus ancestros y a sus creencias espirituales³⁰⁰.

2.2. Titularidad comunitaria de la propiedad indígena

La titularidad de la propiedad indígena no recae, por tanto, sobre los integrantes de los pueblos beneficiarios, sino que comporta un derecho atribuido colectivamente a las comunidades aborígenes pertinentes³⁰¹. Su ejercicio quedará a cargo, en consecuencia, de quienes legítimamente representen a esos colectivos, lo cual explica que la propia cláusula constitucional contemple la necesidad de “reconocer la personería jurídica (en rigor, la personalidad) de sus comunidades”.

Por otra parte, no ha de pasar desapercibido que el constituyente, al identificar a los beneficiarios de la propiedad que consagra, ha hecho referencia a los pueblos indígenas *argentinos*, lo cual debe ser entendido como los grupos de aborígenes que habitaban el suelo de nuestro país al tiempo de la conquista, de la colonización y de la organización nacional³⁰². En otras palabras, no toda comunidad aborigen que habite nuestro territorio en la actualidad está habilitada a reclamar a su favor la propiedad comunitaria consagrada en el

²⁹⁹ Se ha destacado, a este respecto, el sentido extrapatrimonial y hasta religioso con que concibe el aborigen el vínculo con su tierra, claramente distinto del que inspira la propiedad de cuño romanista que ha inspirado al legislador civil argentino (CORNÁ, Pablo María, y FOSSACECA, Carlos Alberto; “La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en *El Derecho*, Tomo 249, pág. 792).

³⁰⁰ ALTERINI, Jorge Horacio, CORNÁ, Pablo María, y VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra; *Propiedad indígena*, Educa, Buenos Aires, 2005, págs. 14-44.

³⁰¹ Según surge de la letra misma de la disposición constitucional, los sujetos titulares de dicha propiedad son “los pueblos indígenas argentinos” (artículo 75, inciso 17, de la Constitución, ya citado)..

³⁰² ALTABE, Ricardo, BRAUNSTEIN, José, y GONZÁLEZ, Jorge A.; “Derechos indígenas en la Argentina (Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional”, en ED, Tomo 164, año 1995, pág. 1198.

precepto constitucional comentado, sino sólo aquellas que cumplan con esa condición de preexistencia³⁰³. De otro modo, sobrevendrá el problema de tener que terciar entre distintos pueblos indígenas que hayan habitado sucesivamente las mismas tierras³⁰⁴.

2.3. Rasgos distintivos de la propiedad indígena

El texto constitucional caracteriza, ante todo, a la propiedad indígena como un derecho inalienable³⁰⁵, y añade acto seguido que se trata de una prerrogativa intransmisibile, y no susceptible de gravámenes y embargos. Lo dicho basta para excluir a esta forma de

³⁰³ En contra, LUQUE, Carlos D.; “La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional”, en ED, Tomo 2015, pág. 413.

³⁰⁴ Un ejemplo de la situación descripta lo ofrece el caso del pueblo Tehuelche, que fue desplazado, más de tres siglos después de la conquista –hacia mediados del siglo XIX–, por invasiones de la comunidad Mapuche, originaria de la República de Chile. En tales circunstancias, reconocer el derecho de la población Mapuche sobre esas tierras implicaría automáticamente negar ese derecho a los pueblos Tehuelches, que fueron despojados por la fuerza por aquellos.

Lo cierto, pues, es que existe abundante consenso entre los historiadores acerca de que la comunidad Mapuche no constituye un pueblo originario de la República Argentina, sino una etnia de origen chileno, desde donde migró a la Argentina hacia mediados del siglo XIX, mucho después de la conquista española, e incluso después de la formación del Estado nacional argentino. Ver, entre muchos otros, CANALS FRAU, Salvador, *Las poblaciones indígenas de la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 1986, pág. 534; SEGOVIA, Gonzalo, y SEGOVIA, Juan F., “La protección de los indígenas” en AA.VV., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 319; NUCUZZI, Lidia R., *Identidades impuestas*, Sociedad argentina de antropología, Buenos Aires, 1998, pág. 49; CASAMIQUELA, Rodolfo, *¿Qué pueblos indígenas poblaron la Patagonia y la pampa?*, Legislatura de Río Negro, Carmen de Patagones, 2007, pág. 74; y PORCEL, Roberto, *Problema Indigenista*, Eder, Buenos Aires, 2011, pág. 17.

³⁰⁵ Con relación a las tierras en cuestión, el precepto señala que “ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”.

La doctrina justifica esta limitación en el hecho de que la subsistencia de los pueblos indígenas está estrechamente ligada a la tierra en la que se encuentran afincados (CORNA, P.M., y FOSSACECA, C.A.; “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., pág. 798).

propiedad comunitaria de toda posibilidad de tráfico negocial³⁰⁶. Queda vedado, así, la posibilidad de celebrar a su respecto contratos tales como la compraventa, la donación, la permuta, el fideicomiso, la hipoteca o el usufructo, entre otros³⁰⁷. Se admite, por el contrario, que puedan constituirse sobre ellas gravámenes que afecten su uso y goce, siempre dentro de límites compatibles con la naturaleza del derecho reconocido por el constituyente³⁰⁸.

Frente a tal caracterización, se torna evidente la necesidad en encontrar un punto de equilibrio que permita conciliar la propiedad indígena con la propiedad privada plasmada en la legislación civil, que desde luego no puede entenderse desplazada ni derogada por el reconocimiento de aquélla. Desde esta perspectiva, es forzoso asumir que la añeja noción de propiedad indígena (dotada de sus elementos centrales, entre ellos su carácter comunitario e inalienable) no pudo haberse concebido “en su estado puro”, sino con los inevitables matices y adaptaciones exigidos por el Derecho que le da acogida³⁰⁹, de modo de hacer posible su pacífica coexistencia con el resto del sistema jurídico argentino.

³⁰⁶Se ha hecho notar con acierto que esta configuración del derecho de propiedad indígena conspiraría contra el ejercicio de las prerrogativas que emanan del derecho a la posesión que el mismo texto constitucional confiere a las comunidades indígenas. Ver, sobre este punto, BOQUÉ, Roberto, “Las relaciones reales administrativas”, en AA.VV., *Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)*, coordinado por Gabriel de Reina Tartière, Heliasta, Buenos Aires, 2009, págs. 298-299.

Debe recordarse, no obstante, que el empleo del término “posesión” en la cláusula comentada no posee el rigor técnico que cabe atribuirle bajo la legislación civil (cfr. ALTABE, R., BRAUNSTEIN, J., y GONZÁLEZ, J.A., “Derechos indígenas en la Argentina...”, cit., pág. 1202).

³⁰⁷ALTERINI, J.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., pág. 174; y CORNA, P.M., y FOSSACECA, C.A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., pág. 798.

³⁰⁸ABREUT DE BEGHER, Liliana E., *Propiedad indígena*, La Ley, Buenos Aires, pág. 19. En contra, CORNA, Pablo María, y FOSSACECA, Carlos Alberto, “La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en ED, Tomo 249, año 2012, pág. 798.

³⁰⁹ Entre los aspectos añadidos al derecho de propiedad indígena “histórico” y que facilitan su plena inserción al Derecho argentino puede mencionarse, por ejemplo, la necesidad de su inscripción en los registros de la propiedad pertinentes, así como también la exigencia de que las comunidades indígenas que han de ejercer su titularidad tramiten y obtengan el pertinente reconocimiento de su personalidad jurídica.

En otras palabras, no es posible suponer que la cláusula constitucional que estamos analizando haya significado incorporara nuestro ordenamiento un sistema jurídico (el andino) a modo de régimen autónomo y paralelo al argentino, sino únicamente la asimilación de una modalidad de relacionamiento jurídico tomada de aquél para introducirla al nuestro. Tal decisión requiere adaptar a nuestro régimen constitucional la categoría jurídica importada, haciendo los ajustes necesarios para tornarla compatible con los restantes derechos patrimoniales (en particular los reales) que encuentran cobijo bajo este sistema.

En función de ello, la propiedad indígena no puede sino ser pensada como un auténtico derecho real de dominio³¹⁰, si bien de perfiles y alcances diferentes de aquél que se encuentra previsto en el artículo 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación³¹¹. Aun así, es indudable que la propiedad indígena satisface las condiciones básicas de todo derecho real, dado que se trata de un derecho que se ejerce directamente sobre el bien inmueble sobre el

³¹⁰ Son de la misma opinión ABREUT DE BEGHER, L., “La propiedad comunitaria indígena”, cit., págs. 71 y 77-94, y de la misma autora, “El derecho real de propiedad comunitaria indígena”, en LL 2013-E, págs. 1294-1295; CORNA, P. M., y FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., págs. 793-794; CASACCIA, Silvia, y TOLOSA, María Gabriela, “El derecho a la propiedad comunitaria indígena. Una visión jurídica y humanista”, en ROS-ONLINE (05/07/2010, núm. 39); y FISSORE, Diego, en AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación (analizado, comparado y concordado)*, dirigido por Alberto J. Bueres, Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 76 (comentario al artículo 18). De forma análoga, aunque con ciertos matices, María Victoria GONZÁLEZ DE PRADA entiende que la propiedad indígena es desde su dimensión patrimonial un derecho real, pero que trasciende el concepto de derecho real que nosotros manejamos (ver su trabajo “Derecho de las comunidades indígenas”, en LL 2013-E, págs. 1296-1299).

Discrepa, en cambio, con la calificación de la propiedad indígena como un derecho real SACRISTÁN, Estela B.; “Propiedad comunitaria de los pueblos originarios”, en AA.VV., *Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, coordinado por Pedro J.J. Coviello, El Derecho, Buenos Aires, 2016, págs. 336-340.

³¹¹ No en vano, el mismo Código Civil y Comercial le ha reservado un precepto específico, el artículo 18, según el cual “las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”.

cual recae y es oponible *erga omnes*³¹².

2.4. Propiedad indígena ¿originaria o derivada?

Los pueblos indígenas son considerados los “primeros” ocupantes del territorio argentino, titulares, por tanto, de una suerte de dominio eminente sobre este suelo, cuya ocupación se ha visto interrumpida por la conquista española³¹³. Desde esa perspectiva, la cláusula constitucional no habría hecho otra cosa que reconocer un derecho ancestral de los aborígenes, que preexistía mucho antes, incluso, de la organización institucional de la Argentina. Sobre esa base, se considera que se trata de un derecho originario.

Ante tal razonamiento es menester, sin embargo, llamar la atención sobre el hecho de que la cláusula incorporada a la Constitución contiene, en rigor, una manda dirigida por al legislador federal, compuesta de dos tramos. El primero de ellos le ordena garantizar, en efecto, el respeto de un estado de cosas “originario” (la “posesión y propiedad” por las comunidades indígenas de tierras tradicionalmente ocupadas por ellas³¹⁴). La segunda facultad que se atribuye al Congreso, en cambio, refiere a la eventual entrega de otras tierras aptas para el desarrollo humano de las comunidades en cuestión, entrega que -de concretarse- dará lugar a un derecho indiscutiblemente derivado.

En cualquier caso, lo que interesa destacar aquí es que la naturaleza originaria que se suele atribuir a la propiedad indígena plantea un problema evidente, resultante de la superposición que en numerosos casos se verifica entre tal propiedad comunitaria y los derechos de quienes hubieren adquirido esas mismas tierras bajo el régimen vigente hasta el momento de sancionarse la reforma constitucional. Resulta sorprendente que la enmienda haya desatendido por completo esta circunstancia, omitiendo articular algún mecanismo que

³¹² En el mismo sentido, ver ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A.; *Propiedad indígena*, cit., pág. 155.

³¹³ ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., págs. 44-50.

³¹⁴ La doctrina considera que la alusión a la “posesión” de esas tierras contenida en la norma apunta a reforzar la idea de que la propiedad reconocida no resulta meramente declamatoria, sino que conlleva el ejercicio efectivo que sólo se torna posible a través de la posesión efectiva de esos territorios, de modo de asegurar un uso y goce concretos y reales (cfr. ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A.; *Propiedad indígena*, cit., pág. 106).

permita lidiar con situaciones de este género, que son fuente hoy de numerosas controversias entre los pueblos originarios y los titulares del dominio civil sobre las mismas tierras.

3. Colisión entre la propiedad indígena y el derecho de propiedad civil sobre las mismas tierras

Pese a que la cláusula bajo análisis se encuentra inserta en la parte orgánica de la Constitución y está dirigida, en su literalidad, a atribuir una facultad al cuerpo legislativo, se debate en doctrina si los derechos a los que alude-entre ellos, la propiedad indígena- poseen carácter programático u operativo³¹⁵.

A poco que se analice el tema, es dable advertir que el efectivo goce del derecho de propiedad indígena que el precepto en cuestión encomienda al legislador “garantizar” requiere, inexorablemente, de la articulación de una serie de recaudos.

Ante todo, es menester identificar, en cada caso, de manera precisa quiénes resultan los titulares de tal derecho³¹⁶. Asimismo, también será necesario delimitar físicamente en cada oportunidad el objeto sobre el cual recae la propiedad indígena consagrada. Pero amén de lo anterior, en muchas ocasiones será inevitable disponer las condiciones del traspaso efectivo

³¹⁵ Al respecto, cabe recordar que se califica como programáticas a las reglas previstas en la Constitución que resultan “no autoaplicativas o no autooperativas, ya que requieren el dictado de leyes o reglas ordinarias complementarias o reglamentarias para entrar en funcionamiento (por eso Goldschmidt las llama imperfectas o incompletas)” (cfr. SAGÜES, Néstor Pedro; *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 110). Por el contrario, se reputan operativas las normas “que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma”, aun cuando sea claro que “la operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible” (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J.; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 331).

³¹⁶ En este sentido, se ha destacado la necesidad de que la normativa establezca una nómina de los pueblos indígenas argentinos a quienes beneficia la disposición constitucional bajo análisis (ALTABE, R., BRAUNSTEIN, J., y GONZÁLEZ, J.A., “Derechos indígenas en la Argentina...”, cit., pág. 1206).

de las tierras en cuestión de manos de sus legítimos propietarios civiles a la órbita de los pueblos declarados sus dueños originarios.

Las circunstancias antedichas conducen forzosamente a pensar que la disposición constitucional examinada se presenta, en alguna medida, incompleta, en tanto no puede en modo alguno aplicarse de manera inmediata y directa. En tales condiciones, su carácter programático deviene, a mi juicio, indiscutible³¹⁷.

No obstante estas reflexiones, a las que se suma la explícita directiva del legislador que impedía a los constituyentes de 1994 alterar los derechos consagrados en la Primera Parte de la Constitución, la generalidad de los autores asignan a la cláusula en cuestión carácter operativo³¹⁸. A su juicio, la tarea a cargo del legislador estaría reducida a dictar las leyes dirigidas a reglamentar los alcances de los derechos conferidos a los indígenas, sin que ello signifique supeditar su goce a la previa actuación del Congreso.

³¹⁷ Son de la misma opinión EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 531; y SCOTTI, Edgardo O., “Los pueblos indígenas originarios en la reforma constitucional. Operatividad, facultades concurrentes, reconocimiento de la personería y régimen de la propiedad comunitaria”, en *ED Constitucional*, tomo 2008-495.

³¹⁸ Cfr. ABREUT DE BEGHER, Liliana, “La propiedad comunitaria indígena”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 90, 2012, págs. 67 y 85; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, cuarta edición, Zavalía, Buenos Aires, 2007,, pág. 353; ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., págs. 167-168; CORNA, P. M., y FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., pág. 792; LUQUE, Carlos D., “Algunas líneas sobre el derecho indígena y la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 17, CN)”, en *El Derecho Constitucional*, 2012, pág. 436; CASACCIA, S., y TOLOSA, M.G., “El derecho a la propiedad comunitaria indígena...”, cit.; y ALTABE, R., BRAUNSTEIN, J., y GONZÁLEZ, J.A., “Derechos indígenas en la Argentina...”, cit., pág. 1194.

Por su parte, Germán BIDART CAMPOS mantiene una postura más moderada, al reconocer que la cláusula tiene un núcleo normativo operativo, pero que en lo concerniente a la posesión y propiedad comunitarias de tierras posee un contenido esencial mínimo que, en lo necesario, implica que para su efectividad no obstan las normas sobre el derecho de propiedad que resulten opuestas u omisivas, en tanto deja un margen de competencia para cuantas precisiones reglamentarias hagan falta (ver su *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo II-B, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 70).

Ahora bien, el problema que esta tesis engendra –como de algún modo ya se ha anticipado en el apartado precedente- resulta de la superposición que, en no pocas ocasiones, resulta entre el derecho indígena y aquél que ostentan quienes hubieren adquirido las mismas tierras bajo cualquier título antes de la reforma de 1994. El comprador, el heredero o el usucapiente de las tierras en cuestión, que las hubieren incorporado legítimamente a su patrimonio en los términos y bajo las formas previstas en el Código Civil argentino, mal podían intuir que en 1994 una Asamblea Constituyente fuera a proclamar que tales dominios pertenecían, con carácter originario e inalienable, a un propietario distinto al que les vendió o transmitió tales predios.

Lo cierto, sin embargo, es que ambos derechos, el ancestralmente reconocido a los pueblos originarios y el civilmente atribuido al titular de la propiedad privada, se encuentran alcanzados por la protección que, respectivamente, les otorga el texto constitucional, ante lo cual surge inevitable la preguntar acerca de cuál de ellos ha de prevalecer.

Si nos atenemos a la clásica regla hermenéutica conforme a la cual una ley especial y posterior prevalece sobre otra general y anterior, habrá que admitir que la propiedad indígena (una modalidad especial de propiedad incorporada al sistema en 1994) habría venido a desplazar cualquier otro derecho de propiedad sustentado sobre la normativa (constitucional o legal) preexiste. Con todo, no cabe imaginar que pueda haber mediado la derogación (siquiera para esos casos singulares) de la garantía de propiedad, sino que lo que se trata es de la necesidad de armonizar ambas cláusulas constitucionales (léase, el artículo 17 y el artículo 75 inciso 17), aun cuando para ello se deba dar prevalencia a una sobre la otra por motivos axiológicos o formales³¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfrentada al mismo dilema de la colisión entre el derecho de propiedad indígena y el derecho de propiedad privada, ha optado por dar prioridad al primero sobre la base de argumentos distintos a los expuestos, ya que entendió que cuando ambas propiedades entran en conflicto, la segunda debe ceder ante la

³¹⁹LAPLACETTE, Carlos José; *Tutela judicial de la supremacía constitucional (Anatomía del control constitucional difuso)*, editorial B de F, Montevideo, 2016, págs. 15-18 y 38.

primera, puesto que la propiedad indígena está relacionada con el derecho colectivo a la supervivencia y al pleno desarrollo del pueblo aborigen afectado³²⁰.

4. Responsabilidad del Estado por los daños provocados por el ejercicio del poder constituyente

Sentada, así, la pervivencia de la garantía de la propiedad amparada por la Constitución, se impone la pregunta relativa a establecer en qué se traduce dicha garantía ante al reconocimiento de la propiedad originaria indígena sobre tierras que pudieren pertenecer, simultáneamente, a un sujeto que las hubiere adquirido, antes de 1994, con arreglo a la legislación civil. La imposibilidad material de mantener en vigor ambas prerrogativas reales, esto es, la del dueño individual y la de la comunidad indígena, es evidente, por lo que no se advierte otro camino que el de reemplazar el derecho real del primero sobre la cosa por un derecho a recibir una compensación acorde a su valor objetivo.

En otras palabras, la cuestión habrá de resolverse, necesariamente, a través del remedio ideado por el propio constituyente para tales casos, lo cual implica que la efectiva entrega de las tierras a los indígenas deberá ir precedida de su expropiación por parte del Estado y, por ende, previo pago de la correspondiente indemnización a su titular dominial bajo el Derecho civil³²¹.

Es, pues, innegable que la desposesión de que será objeto este último reconoce como única causa la labor desarrollada por la Asamblea Constituyente, en atención a lo cual queda claro que el responsable de tal desapoderamiento no puede ser otro que el Estado autor de la reforma.

No deja de llamar la atención, sin embargo, que tal convencimiento sobre lo indiscutible

³²⁰ Ver la sentencia de la CIDH del 17 de junio de 2005, en la causa “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, párrafos 143 a 149.

³²¹ BADENI, Gregorio; *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, 3ª. edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 467.

deber del Estado de hacer frente a las consecuencias lesivas para terceros de la actividad desplegada por el constituyente, no fuera advertida por la doctrina que en el pasado se ha ocupado de estudiar el tema.

En efecto, hace ya casi medio siglo Graciela REIRIZ se mostró reticente frente a la pretensión de asignar responsabilidad al Estado por el ejercicio de su labor constituyente. Su análisis partía de considerar que en países como el nuestro, donde impera una Constitución rígida, el Estado no está en condiciones de reformarla a través de la actividad del órgano legislativo, sino que se requiere de una convocatoria especial al mismo pueblo, único verdadero soberano, para que concrete la tarea reformadora a través de una asamblea constituyente que lo represente. Entendía REIRIZ que “la decisión queda, entonces, en manos del pueblo, que expresa su voluntad a través de un órgano (la Convención Constituyente), que no es órgano del Estado por cuanto se encuentra por encima de él y es su fuente de creación”. Concluía, así, la autora postulando que “el ejercicio del Poder Constituyente no puede responsabilizar al Estado, porque no es el Estado quien lo ejerce”, sino el pueblo; y “por tanto, si una reforma constitucional suprimiera derechos que el instrumento reformado había concedido, no creemos que el derecho positivo encuentre fundamento jurídico para responsabilizar al Estado y para acordar acción contra él al particular damnificado”³²².

Semejante tesis denota, a mi parecer, un claro influjo de la convicción sobre la irresponsabilidad del Estado legislador por su actuación legítima prevalenciente en tiempos pretéritos, derivada de la idea de que el cuerpo legislativo actúa como representante del soberano, esto es, del pueblo³²³. Superado hoy ese punto de vista, no parece posible seguir

³²²REIRIZ, María Graciela; *Responsabilidad del Estado*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969, págs. 138-140.

³²³En este sentido, la doctrina especializada nos recuerda que “la que podría darse en llamar versión clásica del Poder Constituyente exhibió a éste como un poder sin fronteras, capaz de producir normas fundamentales sin la traba que podría importar el mandato previo de una norma positiva. Esa composición respondió a la necesidad histórica de rendir culto a la naciente voluntad popular que advino con el constitucionalismo” (cfr. MIDÓN, Mario A.R.; “Los límites del poder constituyente (A propósito del caso ‘Fayt’)”, en LL 2000-C, pág. 541).

postulando análoga irresponsabilidad por la actuación de la Asamblea Constituyente, órgano que también representa al pueblo, aun cuando ella se sitúe en una instancia previa a aquella que ocupan los Poderes constituidos, entre ellos el legislativo. En un Estado de Derecho, semejante postulado no puede tener cabida, pues resulta absolutamente descalificable desde el punto de vista axiológico³²⁴.

Por lo demás, si se admitiese la posibilidad de aniquilar los derechos constitucionales preexistentes a partir de la mera modificación del texto constitucional que les daba amparo y sin indemnización alguna a los perjudicados, se sumiría a los titulares de los derechos individuales en la más absoluta precariedad, al quedar librados en todo momento a lo que pudiera decidir el constituyente en el futuro.

Afortunadamente, los autores nacionales que se han pronunciado sobre el tema con posterioridad asumen una posición contraria a la propuesta por la autora comentada.

MARIENHOFF, por ejemplo, afirma sin remilgos que “en un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar –es decir, privar sin indemnización- a [una] parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó”. Y agrega: “es de suponer que toda ‘reforma’ constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde se deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones. Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agraviar elementales principios de ética-jurídica”³²⁵. Esta postura pone de relieve que los reparos que nos suscita el

Si se desea ampliar sobre los fundamentos de la tesis de la irresponsabilidad del Estado legislador, ver BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa (Estudio sobre los efectos jurídico-patrimoniales de los actos normativos lícitos)*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 38-39; y FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Tomo II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1976, pág. 740.

³²⁴Para un sector de la doctrina, distinto sería el caso del ejercicio del poder constituyente originario o fundacional, ya que allí no existiría un marco jurídico preexistente que reconozca derechos que deban ser respetados (VANOSSI, Jorge Reinaldo; *Teoría constitucional*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1975, pág. 306).

³²⁵MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, sexta edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 782.

razonamiento de REIRIZ resultan aún más pertinentes, si cabe, tratándose del ejercicio del poder constituyente derivado, toda vez que en tales casos ya existe un marco constitucional que ha consagrado una serie de derechos, que no pueden ser desconocidos siquiera con ocasión de la modificación del texto de la propia Constitución.

En términos similares, BIANCHI manifiesta su disenso frente al expuesto por REIRIZ en cuanto a que la Convención Constituyente no sea un órgano del Estado, y hace notar que “también el Congreso –al igual que la convención constituyente- está integrado por los representantes del pueblo, y sin embargo la responsabilidad por los cambios en el derecho objetivo se imputa al Estado. De no ser así, habría que responsabilizar personalmente a los legisladores”³²⁶.

Finalmente, también VANOSSI admite que la reforma constitucional puede engendrar responsabilidad del Estado, pero sujeto a la existencia de una cláusula constitucional que prevea de modo expreso el consiguiente deber de resarcir a cargo del sujeto estatal³²⁷.

La cuestión que subyace, en última instancia, en el dilema planteado, reside en dilucidar si el poder constituyente configura una prerrogativa limitada o ilimitada. Sólo si se admite que la labor constitucional está sujeta ciertos límites jurídicos será posible concebir que su ejercicio puede engendrar algún tipo de responsabilidad a cargo del Estado. De lo contrario, si se lo percibe como un poder sin fronteras, no habrá margen para formular reclamo alguno por las consecuencias lesivas que ocasione³²⁸.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, está fuera de discusión que el reformador de 1994 estaba constreñido no sólo por las premisas fijadas por la ley que convocó a la Asamblea Constituyente, sino fundamentalmente por los recaudos estipulados en el marco

³²⁶BIANCHI, A.B.; *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa...*, cit., págs. 177-178.

³²⁷VANOSSI, Jorge Reinaldo; *Teoría constitucional*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 304-308.

³²⁸GOANE, René M.; “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, en AA.VV., *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, págs. 771-772.

fundamental primigenio³²⁹, tanto en el plano sustantivo (v. gr., la existencia de cláusulas pétreas) como procedimental³³⁰. El artículo 30 de la Constitución Nacional da acabada cuenta de ello³³¹.

Es innegable, entonces, que la potestad constituyente derivada configura una competencia sometida a límites impuestos por la propia Constitución³³², tal como ha tenido ocasión de declararlo la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación³³³.

5. ¿Estamos ante un caso de responsabilidad del Estado por actividad normativa lícita?

Lo expuesto hasta aquí permite afirmar que la tarea del reformador plasmada en la cláusula que motiva este trabajo es susceptible de generar el deber del Estado de resarcir los daños que pueda haber ocasionado. Ahora bien, ¿cómo correspondería calificar tal supuesto de responsabilidad? ¿Es posible encuadrarlo como un caso de responsabilidad del Estado por acto normativo lícito³³⁴?

La licitud del acto reformador parecería, a primera vista, incuestionable. El proceso que dio

³²⁹MIDÓN, M.A.R.; “Los límites del poder constituyente...”, cit., págs. 541-542; y GOANE, R.M., “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, cit., pág. 774.

³³⁰BIDART CAMPOS, G.J.; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, cit., págs. 483-486.

³³¹Conforme a la cláusula referida “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes”, no obstante lo cual “la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

³³²LINARES QUINTANA, Segundo V., “¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?”, en *LL*, tomo 34, pág. 1153; y CUETO RÚA, Julio, “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? (A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana)”, en *LL*, tomo 36, pág. 1102.

³³³Cfr. *Fallos* 316:2643; y 322: 1616.

³³⁴Concuerdan con la idea de que se verifica en el caso un supuesto de responsabilidad del Estado por su obrar lícito que debe ser indemnizado, ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A.; en su libro *Propiedad indígena*, cit., pág. 163.

lugar a la enmienda se ajustó a lo previsto en el artículo 30 de la Carta Magna en lo que hace a la convocatoria de la Convención Constituyente por mayoría legislativa calificada, y la labor del cuerpo se atuvo a los temas y límites fijados en la ley especial sancionada al efecto³³⁵.

Tampoco se presentan dudas acerca del carácter normativo de la cláusula que incorporó el derecho de propiedad indígena al plexo constitucional. El hecho de que se trate de una norma situada en el rango más alto de la pirámide jurídica no altera esta conclusión³³⁶.

Frente a un obrar de tal naturaleza, surgirá el deber del Estado de resarcir los daños que genere en tanto concurren los presupuestos contemplados al efecto en el régimen legal aplicable³³⁷, a saber:

- a) Que tal actuación haya producido un daño cierto y actual³³⁸. En tanto se suscriba a la tesis -mayoritaria- que asigna a la cláusula examinada naturaleza operativa, no habría margen de discusión en cuanto a que la propiedad comunitaria atribuida a los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan habría ocasionado, *per se* (es decir, de manera cierta y actual), un desmedro en el patrimonio de los titulares del dominio civil sobre esas mismas tierras.

³³⁵Esa última consideración, relativa al respeto de los límites impuestos por el legislador a la Asamblea Constituyente, se mantiene siempre y cuando la modificación constitucional aprobada no se interprete de una manera que pueda resultar en desmedro del derecho de propiedad garantizado por el artículo 17 de la Constitución, cuya vigencia no podía ser alterada por el reformador. Volveré sobre este punto hacia el final del trabajo.

³³⁶Resulta oportuno señalar que la redacción dada al artículo 4° de la ley 26.944, que sienta los presupuestos de admisibilidad de la responsabilidad estatal por actividad legítima, no contiene ninguna limitación en cuanto al origen y rango de dicha actuación.

³³⁷Para un análisis de los recaudos enunciados por el artículo 4° de la ley 26.944, que regula el tema, recomiendo la lectura de PERRINO, Pablo E.; *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos (Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada)*, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 124-139.

³³⁸Artículo 4, inciso a), de la ley 26.944.

- b) Que la conducta causante del daño sea materialmente imputable a un órgano estatal³³⁹. En el estado de evolución actual de la doctrina, la resistencia inicial a considerar a la Asamblea Constituyente como un órgano del Estado se encuentran superadas, de modo que las consecuencias lesivas de la actividad reformadora desplegada por aquel cuerpo resultan cabalmente imputables a la persona estatal.
- c) Que se verifique una relación causal directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño³⁴⁰. Lo cierto, pues, es que no se advierte en el caso otro factor que haya concurrido a dar origen al daño fuera de la inserción al texto constitucional por la Asamblea Constituyente de la cláusula bajo examen.
- d) Que la lesión producida pueda calificarse como un sacrificio especial padecido por los afectados³⁴¹, en tanto no pese sobre ellos un deber jurídico de soportar el daño³⁴². En las circunstancias examinadas a lo largo de este trabajo, resulta claro que la enmienda es generadora de un sacrificio especial en perjuicio de aquellas personas que previo a la enmienda habían incorporado a su patrimonio el dominio de las tierras ulteriormente declaradas de propiedad indígena.

A juicio de VANOSI, en aquellos casos en que la responsabilidad estatal deriva del ejercicio del poder constituyente, sería preciso añadir un recaudo adicional a los antedichos, referido a la necesidad de que la obligación de resarcir a cargo del Estado se encuentre expresamente prevista en una norma de gradación jerárquica idéntica o superior a aquella de la cual provienen los daños generadores de responsabilidad. En un caso como el que nos ocupa, sólo la Constitución podría crear el deber del Estado de responder por los daños provocados por

³³⁹Artículo 4, inciso b), de la ley 26.944.

³⁴⁰Artículo 4, inciso c), de la ley 26.944.

³⁴¹Artículo 4, inciso e), de la ley 26.944.

³⁴²Artículo 4, inciso d), de la ley 26.944.

su dictado o reforma³⁴³.

Es justo reconocer que una disposición explícita como la indicada por VANOSI hubiera evitado toda discusión sobre la procedencia del deber estatal de resarcir. Pero aun en su ausencia, resulta válido remitirse a la regla general consagrada en el artículo 17 de la Constitución, que no sólo declara “inviolable” la propiedad, sino que además enfatiza que “ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella”, y sienta la exigencia de la previa indemnización para los casos de expropiación. Adicionalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, de igual rango constitucional, establece que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”³⁴⁴.

En definitiva, cualquier proceder estatal que se aparte de las exigencias establecidas en las dos disposiciones constitucionales señaladas comportará un caso de confiscación, que según reza el propio texto constitucional ha sido borrada para siempre del Código Penal argentino³⁴⁵.

6. La garantía de la propiedad y el instituto expropiatorio

Según se dejó sentado al comienzo de este trabajo, las prescripciones constitucionales que

³⁴³VANOSI, J.R.; *Teoría constitucional*, Tomo I, cit., págs. 307-308. El artículo 15 de la Constitución de 1853 bien puede ser invocado como un precedente que ilustra la exigencia apuntada por el autor citado. Dicha cláusula, tras declarar que “en la Nación Argentina no hay esclavos”, añade que “los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”. La propia norma deja a salvo, a continuación, que “una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”.

Se trata, pues, como con todo acierto ha sido indicado, de un supuesto en el que de forma expresa se contempló la responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder constituyente, en ese caso de carácter originario (cfr. GOANE, R.M.; “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, cit., pág. 764).

³⁴⁴Cfr. el artículo 21, inciso 2), de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁴⁵Cfr. el artículo 17, *in fine*, de la Constitución Nacional.

amparan al derecho propiedadno pueden entenderse alteradas por la reforma de 1994, bajo pena de nulidad de cualquier cláusula incorporada por la enmiendaa la que se pretenda dar tal alcance derogatorio.

En consecuencia,toda privación de la propiedad que encontrare su origen en la consagración de la propiedad indígena a la que alude el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, deberá estar precedida de la consiguiente indemnización en beneficio del propietario que haya de serdespojado de las tierras pertinentes, ya que de otro modo no podrá evitarse la tacha de inconstitucionalidad resultante de la violación de los límites impuestos a la Convención reformadora.

Existe, como se sabe, una tendencia habitual a emparentar la figura expropiatoria con el deber del Estado de resarcir las consecuencias lesivas que pudieren emanar de su actividad lícita³⁴⁶. La expropiación constituye, indudablemente, la técnicaa la que ordinariamente acude el Estado para concretar cualquier medida que requiera delsacrificio del derecho de propiedad en aras a hacer posible la satisfacción de las necesidades del bien común. El recaudo al que queda sometida la validez de la primacía que en tales casos se otorga al interés público reside, por tanto, en la compensación del detrimento pecuniario padecido por el titular del bien a ser expropiado.

Ante la presencia de ese molde clásico que gobierna la dinámica de la actuación estatal lícita lesiva de derechos individuales,es fácil comprender que frente asituaciones análogas, en las que la propiedad privada se vea postergada a causa de actos (de alcance singular o general) adoptados por las autoridades públicas por razones de interés general, se siga la huella trazada por el instituto expropiatorio, presidida por la necesidad de asegurar la debida recomposición patrimonial al eventual damnificado.

No se nos debe escapar, sin embargo, que el procedimiento expropiatorio está rodeado de una serie de garantías específicas, como es el caso de la necesidad de que el legislador

³⁴⁶SÁENZ, Juan Ignacio; “Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia”, en AA.VV., *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, dirigido por Pedro Aberastury, Abeledo-Perot, Buenos Aires, 2014, pág. 104.

sancione una ley que declare de utilidad pública la cosa sujeta a expropiación, así como la exigencia de que el pago de la indemnización en favor del expropiado se concrete con carácter previo. De esto último deriva la prohibición de que el *quantum* indemnizatorio fijado por el Tribunal de Tasaciones se satisfaga mediante la entrega de títulos de la deuda pública, ya que ello supondría el diferimiento en el tiempo de la cancelación de la obligación pecuniaria en cuestión³⁴⁷.

De allí que, por mucho que se pregone un supuesto efecto expansivo del instituto expropiatorio sobre el ámbito de la responsabilidad generada por la actividad lícita del Estado, lo cierto es que los recaudos constitucionales aludidos no amparan a quien resulta afectado por toda actuación estatal legítima, ya que están referidos únicamente a la expropiación *stricto sensu*. Esta circunstancia pone en evidencia que la equiparación entre esta figura y la dinámica de la responsabilidad estatal por obrar lícito no esplenamente acertada³⁴⁸.

En consecuencia, si el reconocimiento de la primacía de la propiedad indígena sobre cualquier otro derecho de propiedad sobre las mismas tierras se pretendiese resolver a partir de la dinámica de la responsabilidad del Estado, la reforma no estaría respetando el estándar constitucional que sólo admite la privación de la propiedad en los términos y bajo los extremos estipulados en la misma Constitución para el procedimiento expropiatorio. En tales condiciones, la cláusula constitucional estudiada sería contraria al artículo 17 de la propia Ley Fundamental, lo cual la tornaría inconstitucional.

Lo dicho conduce a concluir que la disposición constitucional plasmada en el artículo 75, inciso 17, que encomienda al Congreso de la Nación la tarea de reconocer a los pueblos indígenas argentinos la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, no puede considerarse operativa, so riesgo de contrariar la garantía de propiedad. En definitiva, existe una sola manera de sortear el reparo expuesto: admitir

³⁴⁷ Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia con fecha 5 de abril de 1995 en los autos "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca 'Las Pavas' s/ expropiación", publicada en *Fallos* 318:445, entre otras.

³⁴⁸ En el mismo sentido, ver PERRINO, P.E.; *La responsabilidad del Estado...*, cit., pág. 145.

que la cláusula motivo de examen requiere, indispensablemente, ser reglamentada por el legislador en orden a estipular que, cuando se verifique la presencia de un propietario anterior de las tierras asignadas en propiedad indígena, ellas deberán ser expropiadas con arreglo a lo previsto en el artículo 17 de la Constitución, para sólo entonces procederse a su entrega a los pueblos originarios a los cuales correspondan.

El concepto de interés público y su contenido actual

Por Martín R. Espinoza Molla

“È a tutti noto, o almeno dovrebb’esserlo, che se l’alchimista cerca il segreto dell’oro per smania di ricchezza i suoi esperimenti fanno fiasco: deve invece liberarsi degli egoismi e delle limitazioni individuali, diventare una cosa sola con le forze che si muovono in fondo alle cose, e alla prima vera trasformazione che è quella di se stesso, le altre seguiranno docilmente.”¹

Italo Calvino

¹ “Es de todos sabido, o por lo menos debería serlo, que si el alquimista busca el secreto del oro por afán de riqueza, sus experimentos fracasan: por el contrario, debe librarse de los egoísmos y las limitaciones individuales, llegar a ser uno con las fuerzas que se mueven en el fondo de las cosas, y a la primera transformación verdadera, que es la de sí mismo, seguirán dócilmente las otras.”, Italo Calvino, *Il Castello dei Destini Incrociati*, ed. Oscar Mondadori, Milano, 2002, pág. 85.

I. Introducción.

En los últimos tiempos, puede observarse una acentuación en la marginación sistemática del interés público como factor determinante en el ejercicio de funciones de los poderes públicos.

Y no nos referimos a la mera falta de mención o cita habitual del mismo *—per se* preocupante-, sino que señalamos algo mucho más profundamente inquietante, que implica la presencia de unos poderes públicos que exhiben un inmenso desarraigo respecto del interés público, desdeñando la relevancia que posee como guía de toda su actuación, prescindiendo de su ponderación, y de todo análisis acerca de su esencia y contenido.

Si bien es cierto que el fenómeno señalado no se presenta novedoso, en las últimas décadas tal situación se ha venido agravando en el ejercicio de las funciones propias de los poderes constituidos.

En la mayoría de los casos ni siquiera se nombra al interés público —y mucho menos se lo pondera-, o en algunas ocasiones se lo cita de manera dogmática como una fórmula vacía, al momento de motivar una decisión de las administraciones públicas, o de fundar el contenido de un proyecto de ley, o de argumentar los magistrados acerca de la afectación o falta de la misma respecto de aquél al momento de resolver la procedencia de una medida cautelar.

El funcionario público habitualmente carece de conciencia acerca de la responsabilidad que implica la función que ejerce, del imperativo que pesa sobre él de realizarla en beneficio de toda la comunidad, del conjunto de los ciudadanos; y no en provecho propio, de una facción, o de un grupo determinado de simpatizantes.

Generalmente, prescinde de esa concepción de la función vicarial –y aún la vulnera-, que implica orientarse en toda su actuación hacia el bien común, el interés general, el interés público, que lo dignifica erigiéndolo en servidor público.

En tal sentido, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, advirtieron: “Concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad de la cual, como precisa el artículo 103.1 de la Constitución ‘la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...’”.³⁴⁹

Quizás uno de los factores que favorece aquella falta de conciencia, esa displicencia del deber de velar por lo público, esté constituida por la imprecisión conceptual que acarrea el término interés público, el hecho de tratarse de un concepto jurídico indeterminado, una noción aparentemente intangible, a la que no se le ha prestado demasiado la atención para analizarla y extraerle contenidos concretos a los cuales dirigir, la mirada primero y luego la acción, de quienes ejercen funciones en los poderes públicos.

En tal sentido, cabe inferir que la conciencia de lo público ha de revitalizarse, debe recuperarse el ejercicio del poder para la comunidad, la idea directriz que nos enuncia el hecho de que las potestades públicas se confieren y justifican para satisfacer necesidades públicas.

Esa falencia, resulta uno de los grandes factores generadores de desviación de poder, de comportamientos reñidos con la ética pública y con el buen gobierno que nos conducen al flagelo de la corrupción.³⁵⁰

³⁴⁹ GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, T. I, 6ª ed. Civitas, Madrid, 1993, Pág. 433.

³⁵⁰ Al respecto, véase MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 5ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, 2003, t. I, p. 78, donde aludiendo al principio de legalidad, advierte: “también le impone a la Administración una especie de regla psicológica: la obligación de tener en cuenta, en su actuación, el interés

Toda esa problemática se vincula estrechamente con la necesidad de desentrañar y precisar la noción de interés público.

Pues bien, consideramos que el otorgamiento de un contenido concreto al concepto de interés público colmará de sentido a la función pública, a la par que otorgará objetividad, imparcialidad a la actuación de los poderes públicos, todo lo cual generará un robustecimiento de la seguridad jurídica que hoy se nos exhibe demasiado endeble.

En tal sentido, a continuación dedicaremos nuestra atención a precisar el concepto de interés público y su contenido actual.

II. El interés público. Hacia su conceptualización y la delimitación de su contenido.

Ciertamente, en mayor o menor medida, todos podemos percibir el interés público, advertir dónde se encuentra, distinguirlo del interés privado. Sin embargo, nos resulta muy dificultoso delimitarlo.

En tal sentido, el profesor español José Luis Meilán Gil con referencia a la dificultades para definir el interés público, recuerda que “con agudeza y simpatía Guillermo Andrés Muñoz, comparó en ese sentido el interés público con el amor: es más fácil sentirlo que definirlo.”³⁵¹.

Con referencia al interés público, se ha dicho que su concepto coincide con el de interés

público; es ésta la finalidad esencial de toda la actividad administrativa. El desconocimiento u olvido de este deber puede viciar el respectivo acto, incurriéndose, por ejemplo, en ‘desviación de poder’, que es una de las formas en que se concreta la ‘ilegitimidad’”.

³⁵¹ MEILÁN GIL, José Luis, Categorías jurídicas en el derecho administrativo, 1ª ed. Iustel, Madrid, 2011,

general y con el de bien común, constituyendo, en definitiva, el interés común de todos los ciudadanos.³⁵²

A su vez, Héctor Jorge Escola consideraba que “el contenido concreto del interés público puede ser tan variado y diferente como el que es propio de cualquier interés particular o privado. Dependerá de las condiciones políticas, sociales, económicas, morales, y en general, culturales, reinantes en un país o en un lugar determinados, en un tiempo dado. Por eso mismo, el contenido concreto del interés público no es fijo o invariable, sino que puede llegar a modificarse, total o parcialmente, como resultado de la alteración de las condiciones y de las costumbres que le han dado origen (...)”³⁵³

Siguiendo entonces a Escola, podemos afirmar válidamente que el contenido del interés público es variable, se presentará peculiar de acuerdo a la situación temporal (pues a través de los tiempos, en cada siglo, ha sido disímil, aun en un mismo sector geográfico); espacial (ciertamente no es lo mismo el interés público de un continente a otro, de un país a otro, de una región a otra, etc.), mutable de una cultura a otra.

Pues bien, resulta fundamental el intento de determinar el contenido actual de interés público, para obtener certezas acerca de la dirección que han de tomar los poderes públicos en nuestro Estado de Derecho contemporáneo, cual es –aquí y ahora., el astro que ha de guiarlos, y al cual deberán enderezar toda su actuación.

El contenido del interés público se vincula estrechamente con el sistema de valores

³⁵² SÁINZ MORENO, Fernando, Reducción de la Discrecionalidad: El Interés Público Como Concepto Jurídico”, Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 8, Civitas, Madrid, 1976, pág. 63-94, citado por COMADIRA, Julio Rodolfo, Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 259.

³⁵³ ESCOLA, Héctor Jorge, El interés público como fundamento del derecho administrativo, Depalma. Buenos Aires, 1989, Pág. 245.

actualmente vigente en nuestra nación, que se refleja y se halla plasmado en el ordenamiento jurídico, específicamente, en el propio programa constitucional, y ha de concretarse por los poderes públicos con sujeción a éste y a sus principios derivados.

En tal orden de ideas, se ha dicho: “Para nuestra Constitución Nacional, el fin último del Estado, el que justifica todo su accionar, es el bien común, el bienestar general, siendo la libertad el instrumento apto para alcanzarlo, con la existencia de derechos e intereses individuales que son respetados y garantizados, a través de un orden jurídico que los legitima.”³⁵⁴

Ciertamente, toda actuación de los poderes públicos debe hallarse encaminada a la satisfacción del interés público, pues como señalara Miguel Marienhoff “la actividad administrativa, y la estatal en general, deben cumplirse y desarrollarse en forma que satisfagan las necesidades e intereses públicos, por ser éste el fin de la actividad del Estado.”³⁵⁵

La relevancia del interés público en la actuación de los poderes del Estado encuentra vinculación esencial con sus propios fines y con la necesidad de satisfacerlos adecuadamente para el bienestar común de los ciudadanos.

Dicho de otro modo, los fines estatales deben buscarse en cada ordenamiento jurídico, y se satisfacen con sujeción al mismo, y como natural consecuencia, con sometimiento a principios jurídicos fundamentales de los Estados de Derecho, tales como los de legalidad o juridicidad, objetividad, razonabilidad, buena fe, seguridad jurídica, entre otros.

A su vez, tales principios coadyuvan a garantizar una actuación ética de los poderes públicos,

³⁵⁴ ESCOLA, Héctor Jorge, Op. Cit., Pág. 263.

³⁵⁵ MARIENHOFF, cit., t. I, p. 81.

una de cuyas contracaras es la corrupción.³⁵⁶

Es que la relevancia de la ética pública se refleja directamente en la idea de servir al interés público, pues como explica Coviello “la idea de bien común tiene un sentido que abarca toda la acción estatal. Aquí ingresa la ética pública en la actividad de la máxima conducción estatal. Política y ética no constituyen compartimentos aislados. Se alimentan de la misma raíz. Servir al bien común constituye un paradigma que es la "rosa de los vientos" del gobernante. Es estar atento a las necesidades de las personas que son servidas. Ello implica dejar de lado el oportunismo político, el decisionismo, o toda otra forma de tergiversación de los fines y los medios de la concreta acción estatal.”³⁵⁷

III. El contenido concreto del interés público se encuentra en nuestra juridicidad contemporánea.

En tal orden de ideas, reconociendo que el contenido concreto del interés público ha de

³⁵⁶ En tal dirección, COVIELLO, Pedro José Jorge, Reflexiones sobre la ética pública, LL Sup. Constitucional, 11 de mayo de 2012, pág. 1, advierte respecto de la ética pública que “Su tratamiento en general va acompañado por el de uno de sus notables defectos que es la corrupción. Ésta, ciertamente, mucho tiene que ver con el tema, pero la ética pública no abarca exclusivamente la corrupción. Hay acciones que pueden merecer reparo ético, pero no lleva necesariamente a reprocharlas como corruptas. Es más, pretender que la ética pública se limite sólo a la Administración Pública, implicaría una visión demasiado estrecha que iría en su desmedro, puesto que dejaría vacías otras manifestaciones no menos importantes, como luego se verá. La ética pública es la raíz nutricia, el alma que da razón al ser del Estado y a su buen funcionamiento (...)”

³⁵⁷ Véase COVIELLO, Op. Cit., pág. 13, donde, además, luego de enumerar una serie de principios relativos a la ética pública, concluye que los mismos “no son otra cosa que la derivación de esa idea de servir al bien común, a lo que agregó, como una persona honorable. Desgraciadamente el honor es un valor pisoteado por el relativismo cultural y el pensamiento débil. En la sabiduría hebrea se dice: "No es el lugar que honra al hombre sino que es el hombre mismo que honra el lugar" (Taait, 21).”

hallarse en el propio ordenamiento jurídico, y que su integración dependerá de un lugar y un tiempo determinados, debemos entonces analizar la dimensión contemporánea de nuestra juridicidad que nos conducirá al diseño actual de aquél interés público.

Pues bien, la legalidad o, más propiamente, la juridicidad³⁵⁸, se exhibe conformada por aquello que la doctrina, en la búsqueda de sus contornos, ha denominado también bloque de la legalidad³⁵⁹, bloque de constitucionalidad³⁶⁰, o también pirámide de la legalidad³⁶¹.

Con referencia a la cuestión terminológica apuntada, consideramos que delimitar adecuadamente el concepto que se pretende definir implica distinguir entre una faz estática y otra dinámica del mismo. En efecto, para referirnos a las normas como unidad, integrada por el ordenamiento jurídico en su conjunto, desde un aspecto estático -ilustrativo de esa unidad-, receptamos la posición de Julio Comadira³⁶², en cuanto reconocemos que el término

³⁵⁸ Respecto de la locución juridicidad, véase COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 279; donde expresa su posición, diciendo: “(...)ella representa mejor, según nuestra opinión, la idea de que el accionar de la Administración Pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto de todo el orden jurídico”. Y luego, en la p. 493, explica: “La Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo en esta última expresión (...) al sistema jurídico entendido como unidad. Desde esta perspectiva parece, entonces, más preciso, terminológica y conceptualmente, referirse no a legalidad sino a la juridicidad en tanto locución que, por su carácter genérico, describe mejor el fenómeno que se intenta aprehender”.

³⁵⁹ HAURIU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10ª ed. Sirey, París, 1921, p. 53, nota 1, y 67; citado por COVIELLO, Pedro José Jorge, “La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa”, en *Derecho Administrativo*, obra colectiva homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF, CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 206.

³⁶⁰ Respecto de tal expresión, véase COVIELLO, cit., p. 206, nota 52, donde recuerda: “En las últimas décadas se ha desarrollado a partir de las ideas de Hauriou la de ‘bloque de constitucionalidad’ como forma de designar el conjunto de principios y reglas de valor constitucional”.

³⁶¹ Véase GORDILLO, Agustín, *Después de la Reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, p. VI-2, en donde expresa: “Se ha evocado también la idea, no de un bloque, sino de una pirámide, lo que resulta adecuado en tanto resalta la necesaria jerarquía normativa existente entre las distintas fuentes del derecho que integran el ordenamiento jurídico administrativo y que consagran los diversos sistemas”.

³⁶² COMADIRA, cit., p. 493 y sigs.

juridicidad contiene una precisión que permite comprender, adecuadamente, el objeto de estudio.

Desde otra perspectiva, que hemos rotulado como dinámica, en cuanto se intenta describir la necesaria relación jerárquica existente entre las normas integrantes de la juridicidad, entendemos que esta última expresión debe vincularse a la de idea de una pirámide normativa³⁶³.

Debemos pues concluir que juridicidad y pirámide de juridicidad, desde el análisis propuesto, constituyen términos que conceptualizan aspectos de un mismo fenómeno. Diferentes puntos de vista -valiosos en grado sumo-, para describir, de un lado, esa unidad compleja, característica propia del Derecho³⁶⁴; y, de otro lado, la dinámica relación inherente a las normas que conforman dicha unidad.

Ahora bien, como se ha enunciado, la juridicidad se encuentra integrada por el ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual nos remite a una noción verdaderamente extensa, un tanto inconmensurable.

La amplitud normativa contenida en el concepto, ha sido puesta de relieve por FIORINI, quien expresara: “Todo confirma que la juridicidad es un venero normativo que no puede identificarse con el criterio positivista que veía en la norma el derecho aislado de la realidad y de la vida humana, que son los elementos esenciales que concurren para su creación. La juridicidad contiene todas las dimensiones que abarca el derecho, y las normas en cuanto preceptos son elementos consecuentes, es decir, fuentes derivadas”³⁶⁵.

³⁶³ Véase al respecto GORDILLO, cit., p. VI-2.

³⁶⁴ Con referencia a la unidad jurídica apuntada, véase, ESPINOZA MOLLA, Martín Renato, “La potestad sancionatoria del Estado originada en el incumplimiento contractual. Una visión integradora”, Revista jurídica LexisNexis Buenos Aires, Nº 5/Mayo de 2006, p. 550, donde respecto de esa unidad, expresáramos: “Recordemos que la división de la ciencia del Derecho en sus diversas ramas se efectúa al solo efecto didáctico y metodológico, conformando la misma una unidad, únicamente escindible como objeto de estudio. Empíricamente todas las subcategorías se vinculan y entrelazan, y la realidad se ve regida por múltiples aspectos del Derecho”.

³⁶⁵ FIORINI, Bartolomé, Derecho Administrativo, T. I, 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 48. Véase asimismo, CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, T. II, 7ª ed. actualizada, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 27, quien delimitando la esfera de tal principio y su contenido, afirmara:

A este punto, cabe concluir que la juridicidad está constituida por el sistema jurídico entendido como unidad, tanto por los principios generales del Derecho, la Constitución Nacional, los principios que surgen de ella, los Tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos, los precedentes administrativos³⁶⁶.

Se advierte, entonces, que estamos frente a un principio de relevancia capital³⁶⁷, cuya delimitación constitutiva ha dado lugar desde antiguo a valiosas polémicas doctrinarias³⁶⁸.

Recapitulando, como antes pusiéramos de relieve, desde una visión dinámica, las normas integrantes de la juridicidad se hallan situadas cada una en posiciones diferentes, ostentando dimensiones heterogéneas en una relación que se configura como jerárquica. Tal fenómeno

“Circumscripto en sus comienzos el principio legalista a la ley formal (emanada del parlamento) hoy día se opera su extensión a todo el ordenamiento jurídico formal, es decir, a todo lo que Hauriou denominaba bloque de legalidad (...)”. Véase también ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid, 1965, p. 144, quien define: “Dicho principio, postula que la administración se someta en todo momento a lo que la ley establezca. Y cuando empleamos el término ‘ley’ lo hacemos en su más amplio sentido; por lo pronto comprendiendo todas esas normas (...) que integran el derecho administrativo; y además, desde luego, también el resto del ordenamiento jurídico.” Véase asimismo SANDULLI, Aldo M., Manuale di Diritto Amministrativo, 10ª edizione, casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1970, p. 333, donde afirma: “Quest’ultimo -principio- sta a indicare il primato della legge, e cioè la soggezione dell’azione degli organi amministrativi (e giurisdizionali), oltre che alla costituzione, anche alle leggi” (“Este último -principio-, indica la primacía de la ley, y consecuentemente, la sujeción de la acción de los órganos administrativos (y también los jurisdiccionales), a la constitución y, además, también a las leyes”).

³⁶⁶ COMADIRA, cit., p. 493.

³⁶⁷ Véase GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I (Parte General), 9ª ed. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 1985-86, p. 272 y ss., donde acertadamente expresara: “El principio de la legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho administrativo.”; véase, asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, cit., t. I, p. 419 y ss.

³⁶⁸ Así lo ha puesto de relieve COVIELLO, cit., p. 208, donde ilustra: “mientras para algunos autores la legalidad sólo haría referencia a las leyes en sentido formal -con cita de Eisennmann-, algunos han sostenido la existencia de otras fuentes de la legalidad administrativa, que parten de la Constitución, ceñidas exclusivamente al orden jurídico positivo -con cita de GRAU-, en tanto que otros han adoptado un criterio amplio que abarca la Constitución, los tratados, la ley, los reglamentos, la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, y aun más, Vedel incluyó los contratos de la administración y los actos administrativos -con cita de Vedel, Laubadère, Rivero y Santamaría Pastor-”.

de gradación normativa, se nos exhibe como una verdadera pirámide de juridicidad³⁶⁹. Pirámide, en cuya cúspide descansan aquellas normas fundamentales emanadas de la propia Constitución.

En otra oportunidad hemos afirmado que la referencia a pirámide de juridicidad, refleja con mayor precisión la relación existente entre los diferentes elementos normativos que conforman la juridicidad, puesto que entre ellos se aprecia una evidente prelación, cuya pauta fundamental deriva del artículo 31 de nuestra Constitución Nacional ³⁷⁰.

A su vez, esa previsión constitucional -luego de la reforma de 1994-, deberá ser complementada con los preceptos atributivos de jerarquía superior a las leyes otorgada a los Tratados y concordatos, y a la jerarquía constitucional específica establecida en relación con los Tratados internacionales de Derechos Humanos enumerados por el artículo 75 inciso 22 de esa Carta Fundamental.

En tal orden de ideas, a fin de esclarecer la temática abordada, y lograr una aproximación al contenido concreto del interés público, debemos visualizar las normas colocadas en las gradas superiores del ordenamiento jurídico, determinar cuáles preceptos superiores sujetan de modo más inmediato a los poderes constituidos, en el ejercicio respectivo de sus funciones³⁷¹.

Ahora bien, es preciso otorgarle contenido concreto al interés público para lo cual debemos

³⁶⁹ Véase PIZZOLO, Calogero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal”, La Ley, 2006-D-1023, quien entiende que con la reforma constitucional de 1994, “(...) la clásica pirámide kelseniana se convirtió en una especie de trapecio al truncar, o bien achatar el triángulo superior. En la cúspide, el reinado de la Constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a instrumentos internacionales que pasan a tener su misma jerarquía”.

³⁷⁰ ESPINOZA MOLLA, Martín Renato, “El principio de juridicidad y los derechos constitucionales como límites fundamentales opuestos a las vías de hecho administrativas”, en Revista de Derecho Administrativo de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (A.B.D.A.) -Año I- Número 0/Diciembre de 2006, p. 105).

³⁷¹ Sin perjuicio de lo expuesto, debemos recordar que los poderes públicos se hallan sujetos al ordenamiento jurídico en su conjunto, y que, además, tal sujeción implica de un lado -y a un mismo tiempo- directriz, pauta orientadora, y de otro lado, implica límite, circunscripción, respecto de las potestades atribuidas.

indagar acerca de cuáles resultan ser los fines de la actividad estatal a los que se enlaza directamente, que –como afirmáramos más arriba–, se sitúan dentro del propio ordenamiento jurídico, en el programa constitucional y en sus directrices fundamentales.

De tal manera, comenzamos a observar unos amplios contenidos palpables y advertimos la presencia de numerosos fines públicos, de intereses públicos, no así de uno único.

Sin embargo, consideramos que así como existen unas jerarquías normativas que permiten suponer unas normas de mayor relevancia y privilegiarlas respecto de otras, también ha de existir una correlativa gradación en la satisfacción de los fines estatales.

Por eso, las directrices superiores del ordenamiento jurídico ofrecerán las pautas para determinar cuáles resultan ser los fines superiores del estado, que deberán privilegiarse en los supuestos de presentar conflictos entre sí.

Dicho de otro modo, el contenido del ordenamiento jurídico y su propia gradación normativa otorgarán, respectivamente, el contenido de los fines estatales y el nivel de preferencia en su satisfacción.

Consecuentemente, remitidos a las directrices fundamentales de nuestra juridicidad, es válido concluir de acuerdo a los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional a nuestra Ley Fundamental a través de la reforma de 1994, que la concreción de los derechos y deberes humanos resulta una finalidad primordial en nuestro ordenamiento jurídico actual.³⁷²

³⁷² En tal orden de ideas véase SAMMARTINO, Patricio M.E., tutela urgente e interés público, JA- 2006- II, pág. 158, donde observa: “En efecto, a partir de la incorporación y elevación a rango constitucional de los instrumentos internacionales que menciona el art. 75 inc. 22 CN, ha quedado reforzada la idea de que la protección universal, sin discriminaciones, de los derechos humanos es la razón de ser de las autoridades públicas que despliegan la función administrativa”. Véase, asimismo, MEILAN GIL, José Luis, Op. Cit., pág. 186, quien afirma: “(...) los derechos fundamentales forman parte de los intereses generales, constituyen su núcleo

Asimismo, los tratados internacionales que poseen jerarquía superior a las leyes también nos darán elementos integradores del interés público.

En suma, el Estado debe satisfacer primordialmente el interés público emanado de las directrices superiores de la juridicidad, lo cual ha de concretar por conducto de los principios jurídicos básicos, entre los cuales se destacan los de juridicidad, objetividad, razonabilidad, igualdad, buena fe y seguridad jurídica.

IV – Interés público vs. corrupción.

Ciertamente, atravesamos en la actualidad tiempos de gran desconcierto y complejidad, caracterizados por una notable preocupación mundial por el futuro de la humanidad, y de modo especial, respecto de la grave problemática de la corrupción, cuya creciente presencia ha adquirido relieves alarmantes, particularmente a partir de la década de los noventa.³⁷³

Con razón, refiriéndose a la corrupción, González Pérez advierte que “estamos ante una de las graves cuestiones que se plantean en el Derecho público al comenzar el siglo XXI.”³⁷⁴

La situación apuntada, ha dado lugar a la concepción y establecimiento de instrumentos

duro que los poderes públicos y, en concreto, la Administración, han de servir, no sólo respetándolos, sometidos a ellos por ser Derecho, sino como guía de su actuación para hacer que sean reales y eficaces (...).”

³⁷³ Véase LABAQUI, Ignacio, Las causas de la corrupción: un estudio comparado, Rev. Colección, Instituto de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Nº 14. Bs. As., 2003, pág. 155 y sigs. El autor destaca que “durante los ’90 se produjo en el mundo una verdadera erupción de la corrupción.”

³⁷⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, La Ética Pública, RAP, año XXVI-307, Buenos Aires, pág. 7.

jurídicos que constituyen, cuanto menos, un intento gradual de control, morigeración, y eliminación de prácticas deshonestas perpetradas en el ámbito público, comportamientos que suponen, inequívocamente, una profunda lesión de los principios esenciales de los Estados de Derecho.

En este último sentido, bien se ha expresado que “la corrupción se vincula a la parte ética de las personas, más que a las instituciones, dado que éstas, en su realidad, son organizaciones compuestas por servidores y servidoras de la sociedad. La corrupción –no es un secreto– viene amenazando seriamente el funcionamiento y la credibilidad de las democracias y debilita peligrosamente la legitimidad de aquellos sistemas presuntamente consolidados. Un Estado con tal verdad no puede permanecer, menos justificarse, por mucho tiempo.”³⁷⁵

La inquietud de las naciones provocada por aquella realidad circundante, originó la celebración de tratados internacionales destinados a combatir la corrupción, lo cual ha significado una laudable reacción que patentiza la búsqueda categórica de respuestas coordinadas para lidiar con esa calamidad de características transnacionales, configurada por la corrupción.³⁷⁶

En tal sentido, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscripta el 29 de marzo

³⁷⁵ CAMPOS MONGE, Christian, Contratación Pública y Corrupción (Un Análisis Particular de los Principios Rectores de la Contratación Administrativa), Rev. de Ciencias Jurídicas –Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados de Costa Rica-, nº 112, 2007, pág. 171 y sigs.

³⁷⁶ LABAQUI, Ignacio, Op. Cit, recuerda que “Ello se tradujo en iniciativas tales como la creación de la organización no gubernamental Transparencia Internacional, con el auspicio del Banco Mundial y de las organizaciones de la sociedad civil interesadas en combatir la corrupción. Por otro lado, a nivel gubernamental se firmaron varias convenciones que sentaron las bases para la creación de un verdadero marco jurídico internacional en la materia. Entre ellas cabe citar la Convención firmada en el seno de la OCDE y la Convención, que a nivel regional, suscribieron los países de la OEA.”

de 1996, y ratificada por nuestro país mediante ley 24.759³⁷⁷; ya en su preámbulo se afirma la persuasión acerca de que: “(...) la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.”

Luego, respecto de la problemática contractual pública, en su artículo I, establece el compromiso de considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de los propios regímenes institucionales de cada Estado parte, destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros, “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.”; refiriéndose en su artículo VIII al denominado soborno transnacional.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscripta el 31 de octubre de 2003, y ratificada por ley 26.097³⁷⁸, declara desde su preámbulo que los estados parte se hallan: “preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”; y más adelante, proclama que “(...) la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.”

Posteriormente, en su artículo 9, dedicado a la contratación pública y a la gestión de la hacienda pública, establece: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores

³⁷⁷ (ADLA LVII-A, pág. 12).

³⁷⁸ (ADLA LXVI-C, pág. 2392)

mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

- a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) 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;
- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.”

Pues bien, de acuerdo a lo analizado en los capítulos anteriores, resulta evidente que aquellos dispositivos internacionales de lucha contra la corrupción, pertenecen a las gradas superiores de nuestra juridicidad contemporánea, pues como se ha señalado el valor singular que alcanzaron las convenciones internacionales luego de la reforma constitucional nacional de 1994, pues se les atribuye en algunos casos, una jerarquía constitucional, y en otros, un rango superior a las leyes.³⁷⁹

³⁷⁹ Véase CASSAGNE, Juan Carlos, características principales del régimen de contrataciones de la administración nacional, RDA, Nº 49, ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2004, pág. 701, donde recordara: “Por lo demás, el contrato público que aparece, en punto a la competencia y al procedimiento de contratación, regido por el derecho administrativo, recibe también la injerencia del derecho internacional público o privado, a través de ordenamientos supranacionales como son los tratados internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, poseen –como mínimo- una jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN) formando parte, en algunos casos determinados, de la Constitución misma, aunque sin alterar su estructura dogmática.”

Consecuentemente, se observa que uno de los contenidos actuales del interés público resulta ser aquella rotunda declaración de guerra a la corrupción, pues desde las gradas superiores de nuestra juridicidad –integrada por aquellas convenciones internacionales que poseen lugar de privilegio en nuestro ordenamiento jurídico–, guían y conducen la actuación de los poderes públicos e imponen deberes hacia los funcionarios públicos.

Tales directrices constituyen pues uno de los contenidos actuales del interés público de mayor relevancia, en cuanto por su conducto se pretende evitar hechos y conductas incorrectas, deshonestas, corruptas, en suma.

Cabe concluir pues, que el interés público se vincula estrechamente con los objetivos del Estado de Derecho, es decir, la búsqueda del bienestar común, el cual, a su vez, e ineludiblemente, se alcanza a través del sometimiento de los ciudadanos y poderes públicos al ordenamiento jurídico, y de modo específico, por medio del respeto y concreción –en toda actuación de los poderes públicos–, de los preceptos superiores de la juridicidad como contenidos concretos del interés público contemporáneo.

LA APLICACIÓN DE ASTREINTES AL ESTADO Y A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Por Felipe González Barlatay

Introducción

En el presente trabajo nos inmiscuiremos en el análisis de la figura procesal de las astreintes, en su carácter de herramienta jurídica central que permite a los jueces tornar operativo el derecho a la tutela judicial efectiva cuando es el propio Estado Nacional o sus entidades quienes se rehúsan -sin fundamento ni razón atendible alguna- a acatar el contenido de las sentencias o mandatos judiciales dictados en los procesos contenciosos administrativos que los tienen como parte.

La tutela judicial efectiva –en tanto garantía constitucional receptada por nuestro ordenamiento jurídico positivo³⁸⁰-despliega sus efectos en tres momentos procesales distintos: primero, en lo que hace al acceso a la jurisdicción; segundo, en lo que atañe al desarrollo del proceso contencioso propiamente dicho; tercero, en lo que respecta a la ejecución de las sentencias o mandatos judiciales dictados en el marco de los referidos procesos.

En este caso puntual centraremos nuestra principal atención en este tercer y últimomomento puesto que es en la etapa de ejecución de sentencias o mandatos judiciales donde el instituto de las astreintes adquiere toda su dimensión, relevancia y sentido.

Bajo esos parámetros, comenzaremos nuestra labor intentando comprender esta difusa figura a través de una somera definición de su concepto, su naturaleza jurídica y su finalidad³⁸¹.

³⁸⁰ Cfr. artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 inciso 3) apartados a) y b) y artículo 14 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a nuestra Carta Magna por el mecanismo previsto en el artículo 75 inciso 22) de la CN. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha manifestado sobre la existencia de este derecho constitucional en Fallos 310:276, 310:937 y 311:208, entre muchos otros. Incluso, ha ampliado su alcance, extendiéndolo también al ámbito del procedimiento administrativo (Fallos 327:4185 “*Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER*”, de fecha 14/10/04).

³⁸¹ Para mayor información acerca de la temática analizada puede consultarte un trabajo del mismo autor. GONZALEZ BARLATAY, Felipe Miguel, “*El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo. Análisis de las problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios*”

Posteriormente, nos adentraremos en el estudio de la aplicación de este tipo de sanciones procesales en el concreto marco del derecho administrativo, haciendo foco en algunas regulaciones previstas en el derecho comparado y analizando las ventajas y problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado *lato sensu* y a los funcionarios y/o agentes públicos. También haremos hincapié en un aspecto que entendemos significativo y sumamente actual en la temática *sub examine*: la Ley de responsabilidad del Estado N° 26.944 y la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Por último, a modo de corolario, ensayaremos nuestras conclusiones finales al respecto.

Concepto de las astreintes. Naturaleza jurídica y finalidad

Numerosas y variadas han sido las definiciones que a nivel doctrinario y jurisprudencial se han ensayado para explicar y definir el concepto y alcance de la figura de las astreintes, de origen francés y de raíz netamente civilista.

De todas maneras, podría sintetizarse su definición señalándose que no son otra cosa que “condenas pecuniarias que imponen los jueces tendientes a presionar sobre la voluntad de quien se resiste a cumplir con un deber impuesto en una resolución judicial, cuyo importe se fija sobre la base del caudal económico del obligado y a razón de tanto por día u otro período de retardo en el cumplimiento”³⁸².

Con relación a su naturaleza jurídica, gran parte de la doctrina y jurisprudencia vernáculas son contestes en señalar que la figura de las astreintes reviste una doble

públicos en la etapa de ejecución de sentencias”, Editorial El Derecho, (SEDA) Suplemento Especial de Derecho Administrativo, Diarios del 30/9/2014, 31/10/2014 y 28/11/2014.

³⁸² PALACIO, Lino, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo II, Editorial RubinzalCulzoni, Buenos Aires, año 2008, p. 249.

condición³⁸³, ya que se trata de un mecanismo conminatorio y sancionatorio, cuyo objetivo primordial no es otro que obtener el cumplimiento “*in natura*” de lo decidido judicialmente.

En lo que respecta a la finalidad de las astreintes, podríamos decir que son de naturaleza preponderantemente conminatoria, por cuanto se proponen vencer la resistencia injustificada que opone el deudor al cumplimiento de un deber impuesto por una sentencia o decisión judicial, dirigiendo una especie de coacción psicológica al sujeto obligado, quien a partir de la concreta amenaza de sanción pecuniaria estará en condiciones de advertir que cumplir lo decidido judicialmente podría acarrearle más beneficios que perjuicios³⁸⁴.

Por su parte, la naturaleza sancionatoria del instituto podría clasificársela como subsidiaria, puesto que la figura se convierte en un mecanismo sancionatorio en la medida que la amenaza concreta de sanción pecuniaria no llegue a ser susceptible de quebrantar la porfía del deudor en acatar lo decidido por el juez.

Su recepción en nuestro ordenamiento jurídico positivo (como norma de derecho de fondo) está prevista actualmente en el artículo 804 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación³⁸⁵.

³⁸³ Cfr. a nivel doctrinario COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “*Astreintes. Algunos aspectos en el derecho argentino y francés*”, Editorial La Ley, 1992-D, año 1992, p. 573; BREBBIA, Roberto H., “*Las astreintes en el derecho positivo argentino después de la reforma del Código Civil de 1968*”, Editorial La Ley, 1996-B, año 1996, p. 1147; LOPEZ MESA, Marcelo J., “*Código Civil anotado con Jurisprudencia y Legislación Complementaria*”, Tomo I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, año 2007, p. 809; BORDA, Guillermo Antonio, “*La reforma de 1968 al Código Civil*”, Editorial Perrot, año 1971, p. 240. A nivel jurisprudencial pueden citarse los siguientes precedentes: CNCAF, Sala III, “*Banco Hipotecario c/ Dintel S.A.*” del 15/10/1991; CNCivil, Sala A, 13/9/1989, La Ley 1990-B p. 124; CNCivil, Sala C, 12/6/1979, La Ley 1979-C, p. 343 y 20/10/82, La Ley, 1983-B, p. 570.

³⁸⁴ Cfr. CSJN, Fallos 327:1258 (“*Bagialemani, Cayetano c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*”, del 29/4/2004) donde se hace referencia a la finalidad propia del instituto de las astreintes en tanto medio de coerción que actúa como presión psicológica sobre el deudor. En similar sentido se ha expedido la CSJN en Fallos 322:68 (“*Consortio de Propietarios del Edificio de la Avenida Santa Fé 900 c/ Ayam, Moisés*”, del 4/2/1999).

³⁸⁵ Artículo 804 del Código Civil y Comercial: “Sanciones conminatorias. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su

Las Astreintes en el Derecho Administrativo

Para analizar la aplicación del instituto en lo que respecta a esta rama particular del derecho, comenzaremos por nutrirnos de las regulaciones previstas en el derecho comparado sobre la especie **(I)**, para luego adentrarnos en el análisis y desarrollo de lo que constituye el nudo gordiano de esta exposición: las ventajas, desventajas y problemáticas jurídicas y prácticas que supone la aplicación de astreintes al Estado *lato sensu* **(II)** y a los funcionarios y/o agentes públicos **(III)**.

Por último, nos avocaremos al tratamiento de un tema importante sobre la cuestión *sub examine*, dada su completa actualidad: el impacto que trajo aparejado la Ley de responsabilidad del Estado N° 26.944 y la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. **(IV)**

(I) La aplicación de astreintes en el Derecho Administrativo comparado

A continuación analizaremos los regímenes de aplicación de sanciones conminatorias de carácter pecuniario en dos países integrantes del sistema continental europeo como lo son Francia **(A)** y España **(B)**.

Por último, intentaremos realizar un somero repaso del cuadro de situación sobre el punto en las provincias argentinas **(C)**.

A) El esquema francés

Cabe puntualizar que actualmente el Código de Justicia Administrativa de Francia prevé en su Libro IX un título específico que regula los principios aplicables a las astreintes³⁸⁶.

resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo.”

³⁸⁶ Su versión actualizada está disponible en www.legifrance.gouv.fr

Podríamos comenzar diciendo que tanto los jueces ordinarios (pertenecientes a los Tribunales Administrativos o a las Cámaras Administrativas de Apelación) como el propio Consejo de Estado, tienen facultades para imponer astreintes³⁸⁷, empero, únicamente estos últimos están facultados para aplicarlas de oficio³⁸⁸.

Con relación a los posibles destinatarios de la medida, la legislación gala hace referencia a las personas morales de derecho público y a los organismos de derecho privado encargados de la gestión de un servicio público, mención que es coherente con la importancia que reviste la teoría del servicio público en Francia, noción a partir de la cual ha nacido el derecho administrativo francés³⁸⁹.

Por otra parte, la figura presenta idénticos caracteres que en la legislación civil ya que se las considera provisorias y definitivas –según el caso- y completamente distintas de la figura de los daños y perjuicios³⁹⁰.

Un aspecto interesante es que el dinero que se percibe por la aplicación de las astreintes es normalmente atribuido al justiciable requirente, pero se abre la posibilidad de que los jueces decidan –en un ámbito de razonable discrecionalidad– que una parte de las sumas sea afectada directamente al presupuesto del Estado³⁹¹.

Con relación al ámbito de aplicación de las astreintes hemos visto que no se prevé que estas puedan ser aplicadas directamente a los funcionarios y/o agentes públicos, circunstancia que podría repercutir seriamente en la eficacia del instituto, como veremos más adelante.

La doctrina francesa clásica (HAURIOU, DUGUIT, JEZE) ha criticado esta solución de no responsabilizar personalmente al funcionario incumplidor, argumentando que si éste debiera afrontar con su propio peculio el fruto de sus incumplimientos, las sentencias se cumplirían más fácilmente³⁹².

³⁸⁷ Artículo L 911-4 del Código de Justicia Administrativa

³⁸⁸ Artículo L 911-5 del Código de Justicia Administrativa

³⁸⁹ Artículo L 911-1 del Código de Justicia Administrativa

³⁹⁰ Artículo L 911-6 del Código de Justicia Administrativa

³⁹¹ Artículo L 911-8 del Código de Justicia Administrativa

³⁹² PAREJO ALFONSO, Luciano, *“Los poderes de ejecución del juez contencioso administrativo: la ley francesa de 16 de julio de 1980”*, Revista Española de Derecho Administrativo, Número 33/1982, p. 120.

Esta posición ha intentado rebatirse diciéndose que sólo en contadas ocasiones la inejecución de los mandatos judiciales responde a la inacción de pocos funcionarios puntuales, ya que más bien es producto de la conjunción de una pluralidad y multiplicidad de factores harto complejos propios del desenvolvimiento del aparato estatal³⁹³.

Más allá de esta discusión *ius* filosófica –en la que centraremos nuestra posición en los puntos subsiguientes– lo cierto es que el sistema francés ha ideado un mecanismo propio de recobro de las erogaciones estatales efectuadas en concepto de astreintes cuando el incumplimiento de la orden judicial es atribuible exclusivamente a un funcionario y/o agente público.

En ese sentido el Código de Justicia Administrativa reenvía³⁹⁴ sobre el punto al Código de las Jurisdicciones Financieras el cual determina que la Corte de Disciplina Presupuestaria y Financiera³⁹⁵ tendrá competencia para juzgar en el marco de una acción de regreso a los funcionarios y agentes públicos -que se especifiquen en su ámbito de actuación- cuando su comportamiento haya sido la causa de aplicación de astreintes³⁹⁶.

En ese caso, la sanción a aplicar será una multa que no podrá ser inferior a los € 150, ni mayor que el total del salario bruto percibido por el agente responsable en el período de ese año calendario³⁹⁷.

Las decisiones de esta Corte no son susceptibles por regla general de recurso ordinario alguno, salvo el recurso de casación que se intente por ante el Consejo de Estado³⁹⁸.

Como puede apreciarse, este mecanismo de recobro presenta algunas aristas positivas que procuran atenuar la irresponsabilidad de muchos agentes públicos, aunque es dable señalar que padece de dos problemas centrales que afectan su efectividad como tal: a) el límite o tope económico que se fija a las astreintes; b) el hecho de que los funcionarios

³⁹³*Ibidem*

³⁹⁴ Artículo L 911-10 del Código de Justicia Administrativa

³⁹⁵ La cual, conforme el artículo L 311-2 del Código de las Jurisdicciones Financieras, está integrada por el Presidente de la Corte de Cuentas, el Presidente de la Sección de Finanzas del Consejo de Estado y un número igual de Consejeros de Estado y de Consejeros Letrados de la Corte de Cuentas.

³⁹⁶ Artículos L 313-1 y L 313-12 del Código de las Jurisdicciones Financieras.

³⁹⁷ Artículo L 313-1 del Código de las Jurisdicciones Financieras.

³⁹⁸ Artículos L 315-1 y L 315-2 del Código de las Jurisdicciones Financieras.

públicos más relevantes, tales como el Presidente de la República, los Ministros y miembros del Gobierno, los Presidentes de los Consejos Regionales y Generales, no entran bajo la órbita de jurisdicción de la Corte, no resultando pasibles de multa alguna por dichos conceptos³⁹⁹.

B) El modelo español

La Ley 29-1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa española (también conocida como LJCA) legisla en su Capítulo IV específicamente sobre el proceso de ejecución de sentencias contra el Estado, previendo la figura de las multas coercitivas. Sin dudas, se trata del instituto que presenta mayores similitudes con las astreintes, ya que se las define como medidas procesales o apremios patrimoniales cuya finalidad es servir como medio psicológico de ejecución, forzando la actuación del obligado y venciendo su pasividad o resistencia⁴⁰⁰.

Sin perjuicio de ello, ambas ostentan algunas diferencias⁴⁰¹: a) lasastreintes poseen flexibilidad, pudiendo aumentarse, disminuirse e incluso dejarse sin efecto, mientras que las multas coercitivas son invariables y una vez fijadas no pueden ser modificadas independientemente de la actitud ulterior del conminado; b) para el *quantum* delaastreinte se tiene en cuenta el patrimonio de aquél sujeto al que se quiere conminar a cumplir, en tanto que en las multas coercitivas si bien el juez tiene cierto margen de discrecionalidad no puede apartarse de los mínimos y máximos fijados por ley; c) normalmente las sumas pagadas en concepto de astreintes se integran al patrimonio del acreedor, mientras que en las multas coercitivas dichas sumas se integran al erario público.

Ingresando en el análisis específico del instituto, y dada la peculiar naturaleza jurídico-pública de la persona condenada (el Estado), el legislador español ha considerado

³⁹⁹Artículo L 312-1, apartado II (*personnes qui ne sont pas justiciables de la Cour à raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions*)

⁴⁰⁰ PEREZ DEL BLANCO, Gilberto, *“La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo”*, Del Blanco Editores, Madrid, año 2003, p. 234.

⁴⁰¹ PEREZ DEL BLANCO, Gilberto, *“La incorporación de la técnica de la astreinte al proceso civil español: las multas coercitivas en la ley de enjuiciamiento civil”*, CEFLegal, Revista Práctica de Derecho, Madrid, año 2004, p. 49.

pertinente que las multas coercitivas se apliquen sobre las personas físicas que como titulares de los órganos administrativos han sido quienes manifestaron la voluntad de la administración⁴⁰².

Ahora bien, si se decide aplicar este tipo de multas a los funcionarios públicos, nos enfrentamos ante un primer problema: el de determinar quién es la persona jurídicamente responsable del incumplimiento. Para ello, el juez interviniente deberá efectuar un exhaustivo y completo análisis de la normativa que atribuye competencias a los funcionarios públicos, lo que le permitirá identificar a la persona responsable del ejercicio de dicho deber legal.

En lo que respecta al procedimiento de aplicación de las multas coercitivas podemos identificar un requisito previo y dos etapas o fases posteriores⁴⁰³.

El requisito previo requiere que se acredite la responsabilidad del funcionario público –conforme se estipuló en la reforma introducida en el año 2003 a la LJCA por la Ley 62/2003– para lo cual resulta menester convocarlo a una audiencia a efectos que pueda ejercer su legítimo derecho de defensa.

Si luego de la audiencia el juez interviniente concluyese que el funcionario requerido es responsable por el no cumplimiento de la manda judicial, deberá apercibirlo por medio de una notificación fehaciente para que cumpla en el plazo de gracia acordado, so pena de aplicársele las multas coercitivas a que diera lugar su comportamiento⁴⁰⁴.

Ante un nuevo incumplimiento de lo requerido el magistrado podrá optar entre aplicarle la multa coercitiva o exigir la responsabilidad penal del agente o bien acumular ambas cuestiones⁴⁰⁵.

El monto de las multas va de € 150 a € 1.500⁴⁰⁶, el cual será determinado discrecionalmente por el juez interviniente, constituyendo una suma nada despreciable si

⁴⁰² GONZALEZ CUETO, Tomás, *“La ejecución de sentencias de condena a la administración a realizar una actividad o a dictar un acto”*, Control Judicial de las Administraciones Públicas, Revista Jurídica de Castilla y León, año 2012, p. 290. Claro está que el legislador español no ha tenido en cuenta en la especie las implicancias que surgen de la teoría del órgano, cuyo desarrollo abordaremos en puntos siguientes.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 291.

⁴⁰⁴ Artículo 112 inciso a) LJCA.

⁴⁰⁵ GONZALEZ CUETO, Tomás, *ob. cit.*, p. 292.

tenemos en cuenta que ante la persistencia en el incumplimiento dichas multas coercitivas pueden volver a aplicarse indefinidamente hasta la completa ejecución del fallo judicial⁴⁰⁷.

Para ciertos aspectos procesales el artículo 112 de la LJCA remite al artículo 48 del mismo cuerpo legal⁴⁰⁸, de donde surge que en caso que una vez aplicada la multa –y encontrándose firme– no sea abonada por el deudor, esta podrá hacerse efectiva por la vía judicial del apremio.

Asimismo, para el remoto supuesto que no sea posible identificar al responsable de la inacción, la multa coercitiva podrá ser aplicada a la administración condenada directamente, desnaturalizándose en este punto la eficacia práctica del instituto.

Por último, quisiéramos detenernos en un punto de vital importancia: la LJCA se refiere a “autoridades, funcionarios y agentes”⁴⁰⁹ sin limitación alguna en cuanto a la jerarquía o función que estos desempeñan, incluyendo así a todos los que mantienen una relación de servicios con la administración, con independencia de su naturaleza funcional, laboral o política⁴¹⁰.

Indudablemente este resulta un aspecto sumamente positivo del instituto, que pone de relieve una diferencia sustancial con el acotado ámbito de aplicación que presentan las acciones de regreso por cobro de astreintes en el derecho francés.

⁴⁰⁶ En la Disposición Adicional Segunda de la LJCA se autoriza al Gobierno a actualizar cada cinco (5) años los valores de las multas, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado. Hubiese sido preferible quizás establecer una obligación expresa de actualización quinquenal, toda vez que esta autorización es facultativa y si el Gobierno decide no ejercerla los montos podrían devenir, con el transcurso del tiempo, ciertamente irrisorios.

⁴⁰⁷ De todas maneras cuando se apliquen tres (3) multas coercitivas consecutivas el juez de la ejecución estará obligado a remitir las actuaciones a la justicia penal (artículo 48.10 LJCA).

⁴⁰⁸ Relativo a la remisión del expediente administrativo por parte de la Administración demandada cuando ésta es parte demanda en juicio.

⁴⁰⁹ Cfr. artículo 112 inciso a) LJCA

⁴¹⁰ GONZALEZ CUETO, Tomás, *ob. cit.*, p. 293.

C) La regulación de las astreintes en el derecho provincial argentino

Excedería ampliamente el objeto de este trabajo pretender abordar con minuciosidad la situación jurídica de cada una de las provincias argentinas en materia de astreintes.

Empero, trataremos de formular unas breves referencias al respecto, señalando en primer término que casi la totalidad de las provincias argentinas –e inclusive la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- han regulado en sus códigos de procedimiento sanciones conminatorias pecuniarias para compeler al cumplimiento de las sentencias judiciales⁴¹¹.

De todas maneras, advertimos que en casi todos los casos las regulaciones se han previsto en los Códigos de Procedimiento Civil, a los que remiten para su aplicación la

⁴¹¹ A riesgo de resultar sobreabundante, puede citarse la siguiente normativa: Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 30); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de Catamarca (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chubut (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos (artículo 34); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Formosa (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy (artículo 9); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa (artículo 38); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Rioja (artículo 14); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Neuquén (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santiago del Estero (artículo 37); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe (artículo 263); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Juan (artículo 36); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis (artículo 37); Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego, (artículo 50); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán (artículo 42). Por su parte, la Provincia de Mendoza no regula expresamente las astreintes en su Código de Procedimiento Civil y Comercial, ya que sólo regula multas procesales por inconductas de los litigantes cuyo destino es el erario público (artículo 47 CPCCM). Empero, la jurisprudencia mendocina ha hecho uso del instituto en numerosas ocasiones recurriendo directamente a la aplicación del ex artículo 666 *bis* del viejo Código Civil (SCJM, “Bazzari de Zattana, Norma y otros c/ Departamento General de Irrigación – Poder Ejecutivo”, del 11/05/2011, entre muchos otros).

mayoría de las provincias que cuentan con Códigos de Procedimiento Contencioso Administrativo propios⁴¹².

En lo que respecta a la figura propiamente dicha, podríamos decir que tanto el derecho federal como el provincial son coincidentes a la hora de definir el alcance, contenido, caracteres y finalidades de la figura⁴¹³.

Con relación a la posibilidad de aplicar este tipo de sanciones conminatorias al Estado podemos encontrar precedentes en varias provincias del país que así lo avalan, tales como Santa Cruz⁴¹⁴, Tucumán⁴¹⁵, Entre Ríos⁴¹⁶, configurándose un esquema de singular originalidad en la Provincia de Corrientes, sobre el que vale la pena detenerse un instante.

En la referida provincia no sólo se admite la aplicación de astreintes al Estado, sino que además, en virtud de lo previsto en el artículo 110 de la Ley N° 4.106⁴¹⁷ y de la interpretación jurisprudencial que de él se ha hecho⁴¹⁸, se reconoce la posibilidad de aplicar

⁴¹² Cfr. por ejemplo: a) el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur que remite al artículo 50 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero; b) el artículo 84 del Código de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Entre Ríos que remite al artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial; c) el artículo 63 inciso 1 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires que remite en la etapa de ejecución de sentencias al Código Procesal Civil y Comercial en todo y en cuanto no contradiga las normas específicas de derecho público allí previstas, lo que posibilita la aplicación del artículo 37 del CPCCBA.

⁴¹³ SCJBA, “*Sociedad de Fomento de Cariló c/ Municipalidad de Pinamar s/amparo*”, Causa Ac. 90-941, de fecha 8/3/2006 o SCJM, “*Vera Goñi, Rodolfo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/amparo*”, de fecha 26/11/2001, por citar dos ejemplos.

⁴¹⁴ TSJSC, “*Bordon Teresa del Jesús c/ Instituto de Desarrollo Urbano y Vivienda s/ Incidente de ejecución de astreintes*” de fecha 6/3/2007.

⁴¹⁵ CSJT, Sentencia N° 280, de fecha 25/04/2005.

⁴¹⁶ STJER, “*Acosta, Mónica Iris y otros c/ Municipalidad de Federal s/ Ejecución de Sentencia*”, de fecha 17/9/1997.

⁴¹⁷ Artículo 110 Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes (B.O. 11/3/1987): “Responsabilidad de los agentes. Los agentes a quienes se mande cumplir la sentencia son solidariamente responsables con la entidad estatal respectiva por los daños y perjuicios que ocasione su irregular cumplimiento”.

⁴¹⁸ STJC, “*Chapero de Ayala, Viviana María Teresa c/ Estado de la Provincia de Corrientes y Ente Regulador Obras Sanitarias s/ Demanda Contencioso Administrativa*”, de fecha 28/10/2008.

directamente las sanciones conminatorias pecuniarias a los funcionarios responsables de la inacción.

Sin dudas que este innovador modelo correntino presenta ventajas netamente palpables, en razón de la eficacia que supone la conminación directa sobre el peculio del funcionario incumplidor.

En esa misma línea argumental, es también interesante el modelo de astreintes previsto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que permite aplicar sanciones conminatorias no sólo al Estado, sino además a los funcionarios responsables del máximo nivel de conducción del organismo que ha incurrido en el incumplimiento⁴¹⁹.

Por su parte, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires es relevante que se haya previsto la recepción constitucional del instituto en la medida que, aunque no se hace mención expresa a las astreintes, se permite responsabilizar a los empleados o funcionarios por el incumplimiento de las decisiones judiciales⁴²⁰.

(II) La aplicación de astreintes al Estado *lato sensu*

Referirnos a la aplicación de sanciones conminatorias pecuniarias respecto del Estado Nacional y sus entidades, nos conlleva necesariamente a analizar los fundamentos

⁴¹⁹ El artículo 30 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA regula las sanciones conminatorias en la etapa de ejecución de mandatos judiciales, estableciendo que: “Cuando el incumplimiento del mandato sea imputable a una autoridad administrativa, el tribunal puede disponer que las sanciones se hagan efectivas en la persona del funcionario responsable de máximo nivel de conducción del organismo que ha incurrido en incumplimiento. En tal caso, ejecutado que sea y sólo para el caso de comprobada imposibilidad de pago, pueden satisfacerse a través del sujeto de derecho estatal”. En la jurisprudencia de la Ciudad pueden encontrarse casos concretos de aplicación de este artículo (Cfr. entre otros, JCAyT N° 4, “*Comisión de Vecinos Lugano en marcha y otros c/ GCBA*”, de fecha 19/10/10).

⁴²⁰ Artículo 163 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contencioso administrativas, aquélla, y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes si el obligado no lo hiciere en el plazo de sesenta días de notificadas. Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales”.

jurídicos que justifican su aplicación **(A)** y las premisas prácticas que inciden para sostener su ineficacia**(B)**.

Por último, resultará menester también abordarla situación de las astreintes ante los regímenes de consolidación de deudas del Estado, a la luz del supuesto carácter accesorio que revisten **(C)**.

A) Fundamentos que justifican la aplicación de astreintes al Estado y sus entidades

Copiosa y abundante jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avalado la efectiva posibilidad de que los jueces le apliquen astreintes al Estado y a sus entidades cuando se incumplen mandatos judiciales concretos, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 37 del CPCCN y el ex artículo 666 *bis* del Código Civil (actual 804 del Código Civil y Comercial)⁴²¹.

En ese contexto, es interesante señalar que tan extenso ha sido el ámbito de aplicación de las astreintes con relación al Estado y sus entidades, que se ha llegado a validar incluso su imposición a una representación diplomática extranjera, en la medida que el propio Estado foráneo hubiera aceptado voluntariamente someterse a la jurisdicción de los tribunales de la República Argentina, o que por hipótesis, no hubiera sido necesario tal sometimiento⁴²².

B) Premisas que inciden para sostener la ineficacia práctica de su aplicación

La jurisprudencia de los tribunales de la Nación y numerosos precedentes emitidos por el propio Tribunal Címero de nuestro país, nos permiten hoy en día afirmar que la

⁴²¹ Cfr. CSJN Fallos 316:1775; Fallos 320:186; Fallos 320:479; Fallos 324:2042; Fallos 324:3041; Fallos 324:4263; Fallos 325:1658; Fallos 327:1258; Fallos 327:4749; Fallos 327:5106; Fallos 328:1553; Fallos 329:4682; Fallos 329:5778; Fallos 332:846; Fallos 333:188, entre muchos otros.

⁴²² CSJN, Fallos 328:2391 (*"Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita"*, de fecha 14/6/05). En este punto puede consultarse también NIELSEN, Federico, *"La responsabilidad de los funcionarios públicos derivada de la aplicación de astreintes"*, en *"Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público"*, Ediciones RAP, año 2008, p. 303.

aplicación de astreintes al Estado y sus entidades es una alternativa legalmente posible para conminar al cumplimiento “*in natura*” de las decisiones judiciales que le prescriben a la Administración Pública obligaciones concretas (de dar, de hacer o de no hacer).

En ese marco, corresponde que indagemos en este punto acerca de la utilidad práctica de dicha herramienta, formulándonos el siguiente interrogante: ¿son verdaderamente eficaces y útiles las astreintes si sólo se le aplican al Estado *lato sensu* y no a los funcionarios públicos responsables del incumplimiento?

Sin adentrarnos de lleno en la problemática propia de los funcionarios públicos –ya que a eso nos avocaremos seguidamente- lo cierto es que autorizadas voces e interesantes precedentes jurisprudenciales se han manifestado en contra de la utilidad concreta de la figura si únicamente se circunscribe su aplicación al Estado en tanto persona jurídica de derecho público.

LOPEZ MESA afirma –en opinión que compartimos- que “pese a que se acepte la tesis de la imposición de astreintes al Estado, es una comprobación sencilla que no surten el mismo efecto las sanciones conminatorias cuando se aplican a un sujeto individual que cuando son aplicadas a un ente colectivo. Peor aún, también es dable comprobar que virtualmente carecen de susefectos propios cuando el deber de cumplir una determinada obligación se diluye entre diversos funcionarios, que terminan frecuentemente debatiendo incluso entre ellos acerca de quién tenía la obligación directa de cumplir la orden judicial. Y mientras tanto, la multa diaria se agiganta, cargándose en definitiva su peso sobre el erario público, lo que significa a la larga sobre todo el pueblo”⁴²³.

También GORDILLO, en un tono un poco más enfático, ha dado su opinión sobre el punto esgrimiendo que está bien que el Estado responda, pero que nos hagamos los distraídos respecto de quiénes son los verdaderos causantes del daño es un acto de suicidio colectivo⁴²⁴.

⁴²³ LOPEZ MESA, Marcelo J., “La ejecución de sentencias contra el Estado y las astreintes. ¿Son realmente efectivas las astreintes para compeler al Estado a cumplir las sentencias?”, Jurisprudencia Argentina, 1999-III, año 1999, p. 16.

⁴²⁴ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, año 2009, punto XIX-6.

Jurisprudencialmente podemos encontrar interesantes pronunciamientos que avalan las ideas descriptas, sobre todo en algunos precedentes de la Cámara Federal de la Seguridad Social⁴²⁵ y de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal⁴²⁶.

Claramente el problema de la ineficacia de la aplicación de astreintes al Estado *lato sensu* para lograr el cumplimiento de los mandatos judiciales radica en que la fortaleza conminatoria del instituto se debilita en demasía cuando se trata de imponérselos directamente a la persona jurídica estatal, toda vez que el funcionario responsable del incumplimiento no asume –en lo inmediato- ninguna responsabilidad ni riesgo apreciable por su irregular obrar y sólo estará sujeto a la eventual –y muchas veces improbable- acción de responsabilidad patrimonial (que no impide que se intente también la respectiva acción por responsabilidad disciplinaria) que la propia Administración decida iniciar por los perjuicios económicos ocasionados al erario público⁴²⁷.

Vemos entonces que una adecuada hermenéutica de la tutela judicial efectiva requeriría de un minucioso examen de las atribuciones propias de los funcionarios públicos, a efectos de identificar en cada caso judicial concreto, y en función de las atribuciones normativas expresas e implícitas que de ellas se derivan -a la luz del principio de la especialidad-⁴²⁸, a las personas físicas responsables de dar cabal y entero cumplimiento a las sentencias o mandatos judiciales, aplicándoles las sanciones conminatorias pecuniarias que resulten menester en caso de que ello no suceda.

⁴²⁵ CF de la Seguridad Social, Sala II, “*Herrera Cano, José c/ ANSeS s/ incidente*”, de fecha 23/8/2011. CF de la Seguridad Social, Sala II, en autos “*Marquez, Alfredo Jorge c/ ANSeS s/ incidente*”, de fecha 4/8/2010.

⁴²⁶ CNCAF, Sala IV, “*Pace, Osvaldo H. c/ E.N. – M.O.S.P. s/ empleo público*”, Causa 5373/95, de fecha 19/06/1998.

⁴²⁷ En el orden jurídico nacional existe un régimen legal específico para instar las acciones necesarias a efectos de tornar operativa la responsabilidad patrimonial de los funcionarios estatales que hubieran causado perjuicios al erario público. Dicho régimen está previsto en los artículos 130 y 131 de la Ley N° 24.156 y su respectiva reglamentación (Decreto N° 1.154/97).

⁴²⁸ COMADIRA, Julio Rodolfo, “*Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado*”, en “*Organización Administrativa, función pública y dominio público*”, Ediciones RAP, marzo de 2005, p. 42.

C) Las astreintes y los regímenes de consolidación de deudas del Estado

Para entender cuál es el destino que corresponde darle a las sanciones conminatorias ante los regímenes de consolidación de deudas del Estado Nacional previstos en las Leyes N° 23.982 y N° 25.344, procederemos a analizar la evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto -la cual ha ido variando con el transcurso del tiempo- a efectos de determinar si se presenta alguna nota propia del régimen exorbitante del derecho administrativo.

En efecto, ¿son consolidables o no las deudas del Estado que se generan como consecuencia de la aplicación de astreintes y cuyo origen es anterior a las fechas de corte previstas en los diferentes regímenes normativos?

En un primer momento la postura de nuestro Máximo Tribunal no dejaba dudas sobre el punto. En el precedente *"Iturriaga"*⁴²⁹ la Corte estimó que las sanciones conminatorias no quedaban alcanzadas por lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 23.982 y que por ende no eran consolidables⁴³⁰.

Al respecto es interesante el análisis teleológico que efectúan en su voto los Dres. Moliné O'Connor y López, al señalar que "las astreintes suponen una sentencia condenatoria que el acreedor no satisface deliberadamente y se dirigen a vencer la resistencia del reuente mediante una presión psicológica -no exenta de consecuencias económicas- que lo mueva a cumplir; de ahí que los jueces han de graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado. Suprimir tales efectos por la oblicua vía de aplicar la Ley N° 23.982, importaría privar a los jueces de uno de los instrumentos legalmente conferidos para ejercer su *imperium*. Ese resultado no se compadece con la finalidad de la ley citada que, ante

⁴²⁹CSJN, Fallos 320:186 (*"Iturriaga, Ernesto Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina"*, de fecha 27/02/1997).

⁴³⁰ABERASTURY, Pedro, *"Ejecución de Sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado Nacional"*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2001, p. 160. Este también ha sido el criterio sostenido por la CNCAF, Sala V, *"Leccorp Sociedad General S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa"*, de fecha 28/10/2008.

la emergencia económica, dispone la consolidación del pasivo estatal y organiza un procedimiento para su oportuna cancelación”⁴³¹.

No debe pasar por alto tampoco en el fallo precitado la decisión adoptada por el Dr. Bossert, ya que con el correr del tiempo consolidaría la hermenéutica del Superior Tribunal Nacional al respecto.

El referido magistrado coincidió con la mayoría imperante en que “la aplicación del artículo 22 de la Ley N° 23.982 que prevé una ejecución diferida desnaturalizaría el instituto de las “astreintes” y neutralizaría sus efectos, de manera que los jueces ya no podrían contar con este valioso instrumento para el efectivo cumplimiento de sus mandatos”⁴³².

Empero, agregó, no sería adecuado soslayar que en el caso concreto “concorre una circunstancia que no puede dejar de ser atendida, pues el mandato judicial cuyo cumplimiento perseguía la imposición de las astreintes ya ha sido acatado. Este hecho indica que la sujeción del cobro de la deuda por astreintes al procedimiento diferido que contempla el citado artículo 22 no puede enervar la eficacia del instituto, toda vez que su finalidad -el cumplimiento de la resolución judicial- ya ha sido alcanzada. Así como no neutraliza el efecto de las astreintes el hecho de que puedan ser disminuidas o dejadas sin efecto una vez satisfecho su objetivo, tampoco lo inhibe la circunstancia de que, obtenido su propósito, su percepción se someta al régimen previsto en el mencionado artículo de la Ley N°23.982”⁴³³. Por ello, postula que atento las particulares circunstancias de la causa (resolución judicial ya acatada), la deuda debería caer bajo el régimen de consolidación de pasivos estatales.

Tiempo después, en el año 2005, la Corte se volvió a expedir sobre el tema en cuestión en el precedente “*Palillo*”⁴³⁴, advirtiéndose un giro interpretativo con relación a su anterior criterio, ya que se decidió que las deudas estatales dinerarias provenientes de la aplicación de astreintes eran consolidables bajo los principios imperantes en las normativas vigentes.

⁴³¹Considerando 4° del voto de los Dres. Moliné O’Connor y López.

⁴³² Considerando 5° del voto del Dr. Bossert.

⁴³³Considerando 6° del voto del Dr. Bossert.

⁴³⁴CSJN, Fallos 328:1553 (“*Palillo, Rubén –hoy Palillo, Juan Carlos- c/ Ejército Argentino*”, de fecha 17/05/2005).

Dos Ministros integrantes de la mayoría remitieron en su fundamentación a lo señalado por el Dr. Bossert en la causa *“Iturriaga”*⁴³⁵, mientras que el voto del Dr. Zaffaroni – aunque sin remitir al decisorio del referido magistrado en Fallos 320:186- presenta rasgos similares en cuanto al fondo de lo decidido.

Por su parte, los otros dos magistrados que abonaron la postura prevalente se expidieron en un sentido diferente, pero coincidente entre sí. El primero de ellos (Dr. Fayt) remitió a su disidencia en *“Iturriaga”* señalando que las leyes de consolidación “no autorizan a introducir excepciones en materia de multas procesales impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. Por su parte, la Dra. Argibay se limitó a decidir que las astreintes estarán incluidas en el régimen de consolidación según la “fecha de corte” que tengan. En consecuencia, si son de causa o título anterior a dicha fecha, deben someterse a las leyes que establecen la consolidación de deudas del Estado.

El último precedente que se dictó al respecto⁴³⁶ –y que constituiría la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- en cierto modo reitera y consolida la línea que trazó el fallo *“Palillo”*, toda vez que los magistrados intervinientes reiteraron sus criterios expuestos en el fallo precitado.

En consecuencia, podría afirmarse que la vigente postura de nuestro Tribunal Címero sujeta la consolidación de las deudas dinerarias provenientes de la aplicación de astreintes a un hecho puntual: que se haya cumplido la manda judicial impartida. Si esta se encuentra satisfecha, la deuda será consolidable; si no lo está, la deuda no caería bajo las redes de ese régimen exorbitante.

Una última cuestión que merece ser considerada en este tema se relaciona con la “fecha de corte”. La Ley N° 23.982 en su artículo 1 establece qué se consolidan en el Estado Nacional las obligaciones vencidas o de causa o título o anterior al 1 de abril de 1991 que consistan en el pago de sumas de dinero o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero.

⁴³⁵Dr. Lorenzetti y Dra. Elena Highton de Nolasco.

⁴³⁶CSJN, Fallos 329:5778 (*“Ingeniero Oscar A. Díez S.A.C.I. c/ Obras Sanitarias de la Nación”*, de fecha 19/12/2006).

Por su parte, el artículo 14 de la Ley N° 25.344 regula una norma de similar tenor respecto de obligaciones posteriores al 31 de marzo de 1991 y anteriores al 1 de enero de 2000.

En ese contexto, resulta relevante determinar cuando nace la causa o título de la obligación en materia de pago de astreintes para evaluar si resultan alcanzadas o no por estos regímenes de consolidación.

En los términos de las leyes enunciadas, la causa o título de la obligación la constituyen los hechos o actos que de modo directo e inmediato les hubiesen dado origen⁴³⁷, lo que ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a sostener que en el caso particular de las astreintes la causa o título de la obligación nace con el incumplimiento de la manda judicial impartida⁴³⁸.

(III) La aplicación de astreintes a los funcionarios y/o agentes públicos

En el punto anterior advertimos sobre la falta de eficacia que presentan las sanciones conminatorias pecuniarias cuando los jueces las aplican pura y exclusivamente al Estado *lato sensu*.

Es turno en esta instancia de adentrarnos en un tópico central de este trabajo: la posibilidad de aplicar astreintes a los funcionarios y/o agentes públicos.

A tales efectos, comenzaremos por analizar los límites legales que podrían frustrar o impedir dicha alternativa **(A)**.

Posteriormente esgrimiremos los principales argumentos que entendemos permiten sostener la importancia de su aplicación directa a los funcionarios y/o agentes públicos **(B)**.

⁴³⁷CSJN, Fallos 316:1775 (*"Parrilla, Francisco c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo por mora"*, de fecha 18/08/1993).

⁴³⁸*Ibidem*. NIELSEN, Federico, *"Las consecuencias de la aplicación de astreintes al Estado. Comentario al fallo 'Ingeniero Oscar A. Díez S.A.C.I c/ Obras Sanitarias de la Nación'"*, en *"Control Judicial de la Administración Pública"*, Universidad Austral, año 2008, p. 7, disiente con la postura de la Corte en este aspecto, señalando que a su criterio la causa o título de la obligación de pagar astreintes está dada por la resolución judicial que las establece y no por el mandato judicial cuyo cumplimiento se persigue mediante su imposición.

Por último nos plantearemos algunas alternativas prácticas para armonizar las supuestas contingencias o valladares jurídicos existentes **(C)**.

A) Límites legales a su ejercicio efectivo

No obstante las bondades que puede ofrecer a la concretización del derecho a la tutela judicial efectiva un mecanismo de conminación directa sobre la conducta de los funcionarios públicos encargados de cumplir materialmente con las decisiones judiciales, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico contempla algunas prohibiciones legales expresas **(i)**.

Por otra parte, no podemos dejar de ponderar que podría presentarse como un obstáculo a este tipo de iniciativas judiciales la clásica teoría del órgano **(ii)**, así como también la posible ausencia de daño derivado del incumplimiento de la manda judicial como requisito esencial para imputar responsabilidad al funcionario y/o agente público **(iii)**.

i) Prohibiciones normativas expresas

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación actualmente dispone en su artículo 195 –correspondiente al Título IV, Capítulo III, relativo a las medidas cautelares- que “los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

Precepto de idéntico tenor –introducido por el artículo 15 de la misma Ley N° 25.453- presenta el artículo 62 de la Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo (Ley N° 18.345) que prohíbe la aplicación de sanciones conminatorias pecuniarias a los funcionarios públicos.

Asimismo, cuando hubiese sido seguramente deseable la adopción de un temperamento contrario, la Ley N° 26.854⁴³⁹ sobre medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional vino a repetir en su artículo 9 el mismo e idéntico texto que allá por el año 2001 se incluyó en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En consecuencia, con la normativa referenciada queda en evidencia que actualmente el ordenamiento jurídico positivo nacional limita seriamente la aplicación de astreintes a los funcionarios públicos –al menos- en materia cautelar⁴⁴⁰.

ii) Los obstáculos que plantea la teoría del órgano

Siguiendo en este punto las ideas de NIELSEN, a la hora de analizar la posibilidad de aplicar sanciones conminatorias en forma directa a los funcionarios públicos, no podemos en modo alguno soslayar las consecuencias de la adopción de la teoría del órgano⁴⁴¹.

En ese marco, el órgano y la persona jurídica conformarían una expresión única e insoluble de la realidad, posición que constituye nada más ni nada menos que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el punto.

Nuestro Máximo Tribunal en el precedente “*Vadell*” ha sostenido que en el terreno de la responsabilidad extracontractual del Estado no nos hayamos frente a un supuesto de responsabilidad indirecta, ya que “la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizadas 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”⁴⁴².

En función de lo expuesto, sobre la base de la subsistencia jurídica de esta teoría, no sería posible aplicar directamente astreintes al funcionario público que incumple

⁴³⁹B.O. 29/4/2013. Resulta paradójico y criticable –como técnica legislativa- advertir que la prohibición legal de aplicar astreintes a los funcionarios públicos se haya previsto justamente en el artículo 9 cuyo título principal es el siguiente: “Afectación de los recursos y bienes del Estado”.

⁴⁴⁰HUTCHINSON, Tomás, “*Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado*”, Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo, 2013-III, año 2013, p. 39.

⁴⁴¹NIELSEN, Federico, *ob. cit.*, p. 308.

⁴⁴²CSJN, Fallos 306:2030 (“*Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires*”, de fecha 18/12/1984).

deliberadamente una manda judicial, puesto que la responsabilidad del Estado sería siempre directa y objetiva.

iii) La posible ausencia de daño como requisito esencial para imputar responsabilidad al funcionario y/o agente público

Uno de los caracteres propios y específicos de las astreintes es que no deben confundirse las con los daños y perjuicios, entre otras razones, porque puede proceder la aplicación de las primeras sin que fuera necesario para ello que se configure un daño concreto en la esfera de derechos del beneficiario de la decisión judicial incumplida.

En consecuencia, podría resultar jurídicamente cuestionable afirmar que la aplicación de este tipo de sanciones en forma directa al funcionario público encuentre su fundamento y justificación en un supuesto de responsabilidad personal de éste derivado de su irregular accionar, ya que podría aducirse que estaría –posiblemente- ausente un requisito ineludible para su existencia: el daño cierto⁴⁴³.

Como puede colegirse de lo expuesto, no podría ser el juez interviniente en la causa cuya orden judicial se ha incumplido quien analice la irregularidad del proceder del funcionario público, aplicándole directamente las sanciones conminatorias que estime menester para que cese en su conducta procesal.

Por el contrario, correspondería a la propia Administración Pública decidirla instrucción o no de un procedimiento sancionatorio de naturaleza pecuniaria contra el funcionario público responsable que le permita reparar el perjuicio ocasionado al erario público y recobrar el dinero abonado a causa del defectuoso comportamiento asumido por éste, instrumentando el mecanismo indirecto y posterioral daño causado previsto en los artículos 130 y 131 de la Ley N° 24.156.

⁴⁴³NIELSEN, Federico, “Las consecuencias de la aplicación de astreintes al Estado. Comentario al fallo “Ingeniero Oscar A. Díez S.A.C.I c/ Obras Sanitarias de la Nación”, en “Control Judicial de la Administración Pública”, ya citado, p. 10.

B) Argumentos para sostener la aplicación directa a los funcionarios/o agentes públicos

Abordaremos en esta instancia nuestras críticas a las disposiciones legales vigentes (i), a la aplicación irrestricta de la teoría del órgano (ii) y a la supuesta ausencia de daño como elemento impeditivo de la aplicación directa de astreintes a los funcionarios públicos (iii), poniendo de relieve los fundamentos jurídicos y teleológicos que militan para sostener lo contrario.

i) Críticas a las disposiciones legales vigentes

El hecho de que existan regulaciones legales positivas que impiden en materia cautelar la utilización de este tipo de mecanismos debe llevarnos inexorablemente a preguntarnos acerca de su validez como tales.

¿Es dable aceptar que justamente en materia cautelar, donde el factor tiempo – peligro en la demora- reviste un carácter fundamental e impostergable, se impida a los jueces utilizar mecanismos tan eficaces para lograr el pronto acatamiento de sus decisiones? ¿No se estaría conspirando seriamente contra el real cumplimiento de lo decidido y contra las garantías de los administrados de procurarse una tutela oportuna? ¿De qué servirían las medidas cautelares si los jueces no disponen de un amplio abanico de potestades para hacerlas cumplir?

A todas estas preguntas les ha encontrado respuesta algún sector de la doctrina, señalando que es inaceptable que los funcionarios públicos puedan ser no responsables directos con astreintes o multas personales cuando incumplen las medidas cautelares, o en un sentido más amplio, cualquier resolución judicial que les sea impuesta, puesto que se trata de una facultad ínsita a la fortaleza y *executio* que debe tener la función jurisdiccional⁴⁴⁴.

A nivel jurisprudencial, resulta interesante la postura adoptada en el precedente “D’Ormea” en el cual el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4

⁴⁴⁴GORDILLO, Agustín, “Hay jueces en Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer”, La Ley, 2004-C, año 2004, p. 153-154.

declaró la inconstitucionalidad del artículo 195 del CPCCN –que prohíbe la aplicación de cargas personales pecuniarias a los funcionarios públicos- señalando los siguientes argumentos: a) no existe la posibilidad de que una norma respete su carácter reglamentario de la Constitución Nacional si traduce la intención de debilitar el derecho de defensa; b) jamás una norma de esta naturaleza podrá imperar sobre la conciencia de los jueces a la hora de decidir el otorgamiento de una pretensión cautelar; c) la norma cuestionada parece traducir la intención de proteger al funcionario irrespetuoso y desidioso, ya que ni siquiera prevé una instancia en la que el funcionario explique el porqué de su comportamiento; d) una norma tan disvaliosa cabría tratarla como inexistente⁴⁴⁵.

Más allá de lo enérgico del pronunciamiento reseñado, coincidimos con la postura expuesta en cuanto al fondo de lo decidido, puesto que una norma semejante es incompatible con el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y configura una invasión del poder legislativo en la esfera del poder judicial que cercenagravemente las reales facultades inherentes a su función de hacer cumplir lo decidido.

ii) Críticas a la aplicación irrestricta de la teoría del órgano

A efectos de precaver utilizaciones disvaliosas de la referida teoría y matizar sus consecuencias, será oportuno que nos detengamos en la diferenciación de dos conceptos centrales: la falta de servicio y la falta personal.

La falta de servicio configura el factor de atribución objetivo que tipifica la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima. Consiste en el incumplimiento de obligaciones existentes de parte de un órgano del Estado, lo cual es susceptible de acontecer en las hipótesis de mal funcionamiento, de funcionamiento defectuoso y falta total de funcionamiento del servicio⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵JNCAF N° 4, “D’Ormea, Mario c/ Poder Ejecutivo Nacional”, de fecha 25/04/03.

⁴⁴⁶CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Editorial AbeledoPerrot, Tomo I, Buenos Aires, año 2005, p. 464; GALLI BASUALDO, Martín, “La falta de servicio y la falta personal”, Revista El Derecho, 2008-653, año 2008, p. 655.

Por su parte, la falta personal constituye el factor de atribución subjetivo que se aplica a la responsabilidad del agente o funcionario público. En este caso, se rebasa el margen del mal o irregular funcionamiento del servicio, tomándose en cuenta para su configuración la culpa, el dolo o la grave negligencia del agente público⁴⁴⁷.

Siguiendo a CASSAGNE podríamos decir que la falta de servicio *per se* no excluye la existencia de una falta personal⁴⁴⁸, lo que nos permitiría advertir la existencia de tres tipos de interrelaciones entre ambas faltas: a) *falta de servicio pura*: cuando la falta de servicio excluye a la falta personal; b) *falta de servicio impura o falta personal impura*: hipótesis en la cual concurren y coexisten la falta de servicio y la falta personal; c) *falta personal pura*: que excluye la falta de servicio⁴⁴⁹.

La falta de servicio pura se daría en los casos doctrinariamente llamados de “anonimato forzado”, en donde existe una imposibilidad real de identificar al autor humano de la falta de servicio, puesto que es el servicio en su conjunto el que ha funcionado mal producto del complejo entramado de relaciones y vínculos administrativos⁴⁵⁰.

La falta de servicio impura o falta personal impura nos presenta un escenario gris, ya que ambas faltas serían pasibles de ser advertidas, pudiendo coexistir. En este caso, dado que en materia de responsabilidad del Estado la regla es la falta de servicio y la excepción es la falta personal, es normal que se recurra a la figura del “anonimato ficción o por utilidad” a los fines de imputar la conducta exclusivamente al Estado ya que por razones prácticas – mirándose la cuestión desde una óptica protectora de los intereses del sujeto afectado- este está en mejores condiciones de reparar la integralidad del daño causado⁴⁵¹. En cualquier caso, el Estado –si así lo decidiese- podrá intentar la respectiva acción de regreso contra el funcionario responsable.

La falta personal pura nos ubica en un terreno donde el comportamiento del funcionario y/o agente público –sea este culposos, doloso o negligente- es la causa eficiente

⁴⁴⁷*Ibidem.*

⁴⁴⁸*Ibidem.*

⁴⁴⁹*Ibidem.*

⁴⁵⁰*Ibidem.*

⁴⁵¹*Ibidem.*

del daño causado, resultando su conducta separable (*detachable*) completamente de la noción de servicio⁴⁵².

En ese marco, si llevásemos al extremo la aplicación de la teoría del órgano el Estado se convertiría en una gran compañía de seguros que debería hacer frente a cualquier tipo de erogación y sin que importen las causas ni los factores generadores de la ilicitud⁴⁵³.

Por ello, estimamos que cuando la conducta configura una falta personal pura es posible aplicar sanciones conminatorias a los funcionarios públicos, ya que la ausencia total de conexión de la conducta del agente con el servicio que tiene a su cargo, justifica el corrimiento del velo de esta artificial construcción jurídica y la asunción de las consecuencias legales que de ello se derivan con su propio peculio⁴⁵⁴.

En sentido similar, se ha expedido autorizada doctrina nacional al señalar que en un plano teórico parece sumamente razonable y necesario que el funcionario que ha obrado ilícitamente –con culpa, dolo o negligencia- pague con su propio patrimonio por los daños que ha causado⁴⁵⁵. Aunque, sin embargo, no puede soslayarse que en la práctica resultaría un poco menos que imposible por dos motivos centrales: a) existe una dificultad de orden patrimonial ya que la magnitud económica de los asuntos que un funcionario público maneja –sobre todo si es de alto rango- podría llevarlo a la quiebra si se decretase su responsabilidad personal; b) la Administración podría entrar en una suerte de parálisis funcional derivada del extremo –y quizás innecesario- cuidado que pondrían los funcionarios en sus actividades cotidianas para evitar ser responsabilizados personalmente⁴⁵⁶.

⁴⁵²*Ibidem*.

⁴⁵³BIANCHI, Alberto B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, Editorial La Ley, 1996-A, año 1996, p. 4.

⁴⁵⁴PERRINO, Pablo, “Los factores de atribución de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita”, en “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, año 2000, p. 60. El citado autor refiere que el acto dañoso no puede imputarse al Estado si este no presenta un mínimo de reconocibilidad exterior de su orientación hacia un fin de la Administración.

⁴⁵⁵BIANCHI, Alberto B., *ob. cit.*, p. 5.

⁴⁵⁶*Ibidem*.

Si bien coincidimos plenamente con BIANCHI en que se trata de “un problema de muy difícil o quizás imposible solución”⁴⁵⁷, entendemos que puntualmente en materia de astreintes las referidas dificultades no operan como un valladar impeditivo –de orden práctico- para responsabilizar personalmente a los funcionarios públicos, puesto que no se advierten efectos colaterales perniciosos que puedan atentar contra el buen funcionamiento de la Administración Pública.

En efecto, la supuesta dificultad económica derivada de la magnitud de los perjuicios no sería tal en estos casos, ya que tanto el Código Civil y Comercial como el CPCCN permiten que las sanciones conminatorias pecuniarias puedan graduarse en proporción al caudal económico de quién deba satisfacerlas.

En ese marco, si el juez decide aplicarlas directamente sobre el funcionario incumplidor lógicamente no podrá tomar como parámetro el presupuesto estatal sino que deberá imperiosamente considerar la escala salarial del funcionario responsable o cualquier otro dato que estime prudente y conveniente en relación a su patrimonio personal, procurando regular equilibradamente su monto de manera tal de conminar y compeler al funcionario público al efectivo y pronto cumplimiento de la manda judicial, sin que ello implique conducirlo a su ruina económica. Ello así, salvo que ante un incumplimiento contumaz y recalcitrante que se extienda irrazonablemente en el tiempo, el juez decida aumentar progresivamente su valor.

Por otra parte, entendemos que tampoco podría sostenerse que la aplicación personal de astreintes a los funcionarios públicos llevase a paralizar el normal funcionamiento de la administración, ya que la conminación psicológica y económica que suponen estas medidas conducirían a los agentes estatales a adoptar un temperamento absolutamente contrario y proactivo: cumplir la orden judicial en la forma prescripta y en el menor tiempo posible, a fin de evitar que el monto de la sanción se siga devengando diariamente.

⁴⁵⁷*Ibidem.*

iii) Críticas a la supuesta ausencia de daño como elemento impeditivo de su aplicación directa a los funcionarios públicos

Entendemos que esta supuesta ausencia de daño como elemento presuntamente impeditivo de la responsabilidad personal del funcionario público no es tal, ya que el incumplimiento de una manda judicial, a la par de constituir una conducta procesal inaceptable, proyecta indefectiblemente sus consecuencias dañosas y perjudiciales en dos planos diferentes.

En primer lugar, sobre la esfera de derechos del particular -beneficiario estéril de la decisión judicial-, ya que se lesiona grave y ostensiblemente su tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, se afecta seriamente la investidura judicial, la soberanía del Poder Judicial en la esfera de sus competencias y se menoscaban los derechos-deberes de los magistrados de hacer cumplir en forma efectiva sus decisiones de justicia.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las astreintes –por su finalidad específica- no ponen el acento en el daño ocasionado, sino en el incumplimiento de las órdenes judiciales, que en definitiva, son las conductas jurídicamente reprochables y que hacen nacer la responsabilidad de los funcionarios.

Por último, no podemos soslayar la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha venido validando y aceptando en determinados – y relativamente recientes- pronunciamientos esta alternativa procesal, permitiendo a los jueces direccionar la figura de las astreintes directamente hacia los funcionarios públicos responsables de la inexecución de las mandas judiciales impartidas⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸CSJN, Fallos 327:2184 (*“Esso S.A. Petrolera Argentina c/ Covisur S.A. y otros s/ ordinario”*, de fecha 8/6/2004). Allí la Corte –voto del Dr. Vázquez- dispuso que ante el incumplimiento de una orden judicial por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia correspondía otorgarle a ésta un plazo de diez (10) días para que se ajustara a derecho, bajo apercibimiento de aplicarle astreintes a razón de \$ 100 diarios, los que debían hacerse extensivos al funcionario responsable del incumplimiento, y en caso que este no pudiera ser individualizado, al señor Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. En otro importante precedente (CSJN, Fallos 331:1622, autos *“Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”*, de fecha 8/7/2008) el Máximo Tribunal resolvió que el incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en las diferentes etapas y objetivos determinados en la Sentencia, importaría la aplicación de una

C) La integración de la litis con los funcionarios responsables del cumplimiento de la manda judicial en la etapa de ejecución de sentencia

Admitida que fuera la posibilidad de aplicarles astreintes directamente a los funcionarios y/o agentes públicos sobre la base de una falta personal pura derivada de un deliberado incumplimiento de una manda judicial, corresponde interrogarse acerca de la modalidad de instrumentación de este tipo de sanciones.

Si bien es razonable que –en ciertos casos- los funcionarios públicos respondan en forma directa con su propios bienes por los incumplimientos derivados de mandas judiciales, también es justo que estos pasen a ser parte en los procesos donde se ventilan las referidas cuestiones, confiriéndoles una instancia previa a la aplicación de la sanción que les permita ejercer legítimamente su derecho de defensa.

De lo contrario, podrían producirse arbitrariedades que hagan recaer sobre funcionarios diligentes las consecuencias del complejo entramado de relaciones burocráticas que muchas veces se dan en el seno de la Administración y que pueden constituir la causa eficiente de la falta de cumplimiento en tiempo y forma de determinadas decisiones judiciales.

En ese marco, sería interesante que se previese en nuestro medio un procedimiento similar al receptado en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa española (LJCA), que establece como requisito previo y necesario la obligatoriedad de citar al agente presuntamente responsable del no acatamiento de la orden judicial, a fin de hacerlo parte en el juicio y permitirle que explice sumariamente las razones que motivan el incumplimiento de la decisión.

multa diaria a cargo del Presidente de la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo. En ese marco, cabe destacar que -en su momento- el Juzgado encargado de velar por el eficaz cumplimiento de dicha sentencia resolvió aplicar astreintes por la suma de \$ 20.000 (llamados “multa” en la resolución) en cabeza del Presidente de la Autoridad de la Cuenca por incumplimiento en plazo de algunos de los objetivos prefijados, habiendo sido abonada la suma en cuestión por el funcionario responsable (JF de Quilmes, “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, de fecha 31/8/2010).

Dichas explicaciones, las constancias obrantes en autos y las normas atributivas de competencia administrativa que determinan el alcance y contenido de los deberes y obligaciones específicos de cada funcionario público, permitirán al juez de la causa identificar con mayor precisión si se está ante una falta de servicio, ante una falta personal o bien ante un supuesto de coexistencia de ambos tipos de faltas, lo que facilitará lógicamente la elección de la medida conminatoria a adoptar para lograr el efectivo cumplimiento de lo decidido.

Si bien como señala MAIRAL en la Argentina se ha cometido el error, producto de una versión idealista de los regímenes comparados, de importar muchas veces institutos que poco tienen que ver con nuestro derecho público local, estimamos que este aspecto del modelo español podría erigirse en una alternativa atrayente a tener en cuenta en una eventual reforma de las normas nacionales que regulan los procesos de ejecución de sentencias⁴⁵⁹.

Ello así, puesto que la alternativa propiciada lograría armonizar todos los intereses en juego en este tipo de casos: a) los del particular que litiga contra el Estado y pretende obtener la efectiva satisfacción de lo que le es adeudado; b) los del funcionario público, que sólo deberá hacer frente a las erogaciones si sus argumentaciones no resultan convincentes y las normas vigentes le asignan dicha competencia material omitida; c) los de la comunidad entera, que sólo deberá erogar las consecuencias de los incumplimientos judiciales cuando estos provengan de faltas de servicio del propio sistema y no de faltas personales de funcionarios irresponsables⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹MAIRAL, Héctor, *“Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”*, en *“Estudios de derecho administrativo”*, Editorial Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, año 2000, p. 41.

⁴⁶⁰En este punto es interesante un reciente pronunciamiento de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata (*“Acuña, Virginia Elizabeth y otros c/ DGCyE y otro s/ amparo por mora”*, del 18/02/16) que rechaza la legitimación activa de Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires para deducir un recurso de apelación por una sanción conminatoria dispuesta personalmente en cabeza de una funcionaria pública, por considerar que no estaba en juego la defensa de los intereses patrimoniales de la Provincia sino más bien los intereses de la propia funcionaria incumplidora de la manda judicial.

(IV) La ley de responsabilidad del estado n° 26.944. Su incidencia en las sanciones conminatorias y los aportes del nuevo código civil y comercial

En el año 2014 se sancionó la Ley N° 26.944, norma que tiene por objeto regular la responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.

Si bien la Ley está compuesta por 12 artículos, en este caso particular nos limitaremos a abordar el estudio solamente de uno de ellos (artículo 1), por ser aquél que podría llegar a tener alguna incidencia respecto de la cuestión que aquí nos interesa: las sanciones conminatorias.

Dos cuestiones merecen ser atendidas: la consagración del carácter local del derecho administrativo y sus consecuencias jurídicas sobre la responsabilidad del Estado, particularmente en lo que atañe al régimen legal de las astreintes **(A)** y la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos **(B)**.

A) El carácter local del derecho administrativo y sus consecuencias jurídicas sobre el régimen legal de las astreintes

El segundo párrafo del artículo 1 de la ley prescribe claramente que las disposiciones del Código Civil no serán aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

En materia de astreintes ello equivaldría a decir que en modo alguno podría utilizarse el derecho de fondo como fundamento normativo de la aplicación de sanciones conminatorias al Estado Nacional o a los funcionarios públicos.

Esta postura es coherente con la naturaleza eminentemente local del derecho administrativo y con el criterio vertido en el último párrafo del artículo 804 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que establece (concretamente en materia de sanciones conminatorias) que “la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo”.

El precepto se inscribe entonces en la línea argumental que sostiene que la responsabilidad del Estado no puede ser regulada por el Congreso de la Nación en ejercicio de las atribuciones emergentes del artículo 75 inciso 12), sino que cada jurisdicción local y el Estado Nacional deben regular específicamente sus regímenes propios.

B) La aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios y/o agentes públicos

El tercer párrafo del artículo 1 se inmiscuye en una cuestión sumamente interesante a los efectos de este trabajo, estableciendo que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

En una primera aproximación, ello podría inducirnos a pensar que se trata de una veda absoluta ala aplicación de sanciones conminatorias, no sólo ya en materia cautelar, tal como hoy está regulado, sino en toda clase de procesos contenciosos en los que el Estado sea parte demandada.

Empero, si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma positiva alguna que defina el término “sanción pecuniaria disuasiva”, se ha entendido –en posición que compartimos- que se trata de la figura de los daños punitivos propia del derecho anglosajón⁴⁶¹, que ha tenido su acogida legislativa en nuestro régimen de defensa del consumidor (Ley N° 24.240) a partir del año 2008⁴⁶².

Este tipo de sanciones estaban previstas en el artículo 1714 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de 2012, donde se determinaba el ámbito de aplicación de la figura y donde se definía su objeto y finalidad⁴⁶³.

⁴⁶¹PERRINO, Pablo Esteban, “Lineamientos principales de la ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos” Revista Digital DPI, año 2, nº 25, 8/07/2014, p. 6.; PEYRANO, Jorge W., PAULETTI, Ana Clara, ESPERANZA, Silvia L., “¿Pueden quedar impunes las desobediencias a mandatos judiciales cometidas por el estado nacional y sus agentes?”, Editorial El Derecho, N° 260, Diario del 17/12/2014, p. 3.

⁴⁶²Artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 (incorporado por el artículo 25 de la Ley N° 26.361, B.O. 7/4/2008).

⁴⁶³Artículo 1714 del Anteproyecto: “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con gravemenosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su montose fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, enespecial la

Sin dudas, el hecho de que el legislador nacional haya decidido quitar esa previsión normativa, dificulta aprehender con exactitud el alcance del instituto de la sanción pecuniaria disuasiva. Sin embargo, a partir de las opiniones y elementos reseñados, podemos concluir que la Ley N° 26.944 no ha procurado eliminar ni limitar las sanciones conminatorias, sino que solamente ha intentado dejar en claro la imposibilidad de aplicar multas civiles de naturaleza disuasiva al Estado y a sus funcionarios. Ambas figuras, en consecuencia, no son lo mismo.

Bajo esos parámetros, será particularmente importante que la interpretación que los operadores jurídicos hagan de esta parte final del artículo 1 de la Ley N° 26.944 no desnaturalice la voluntad legislativa, cercenando ilegítimamente el uso de una herramienta sumamente útil para doblegar la contumacia del Estado y sus dependientes en el cumplimiento de las órdenes judiciales, como son las astreintes.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos procurado abordar el estudio del instituto de las astreintes en el ordenamiento jurídico nacional, focalizando nuestra principal atención en la etapa de ejecución de sentencias dictadas en el contexto de los procesos contenciosos administrativos.

gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas”.

En ese marco, no podemos negar que las sanciones conminatorias no constituyen la única herramienta judicial para compeler al acatamiento de lo decidido cuando es el Estado el que se rehúsa a dar cumplimiento al contenido de las sentencias o mandatos judiciales que se le intentan imponer.

Existen otros mecanismos alternativos entre los cuales podríamos citar los siguientes⁴⁶⁴: a) la puesta en conocimiento del superior jerárquico, para que éste le imparta la precisa orden de cumplimiento al inferior o se avoque en el ejercicio de la competencia omitida por éste o bien le aplique las sanciones disciplinarias a que dé lugar su comportamiento ilegítimo⁴⁶⁵; b) la efectivización de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos involucrados en el incumplimiento, en caso de que su conducta sea pasible de encuadrar en los tipos penales previstos por el Código de rito⁴⁶⁶; c) la puesta en conocimiento del Congreso de la Nación, en caso de tratarse de funcionarios pasibles de un juicio político⁴⁶⁷; d) la sustitución de la administración y la ejecución directa del mandato judicial incumplido por parte del propio juez de la causa⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴CNCAF, Sala IV, *“Pedrera de Comercio, Julia María c/ La Nación s/ Personal Militar y Civil de la FF.AA. y de Seguridad”*, de fecha 29/12/1994; CNCAF, Sala IV, *“Pace, Osvaldo H. c/ E.N – MOSP s/ empleo público”*, de fecha 19/06/1998.

⁴⁶⁵Cfr. artículo 17 del Decreto-Ley N° 1285/58. COMADIRA, Julio Rodolfo, *“La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”* en *“Responsabilidad del Estado y del funcionario público”*, Editorial Ciencias de la Administración, año 2001, p. 589-599.

⁴⁶⁶CANDA, Fabián Omar, *“La responsabilidad penal de los agentes de la administración pública”* en *“Responsabilidad del Estado y del funcionario público”*, Editorial Ciencias de la Administración, año 2001, p. 617-634. Este es el criterio que parecería haber adoptado la CSJN, en Fallos 333:1771 (*“Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”*, de fecha 14/09/2010).

⁴⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – RISSO, Guido, *“Inhabilitación y juicio político en Argentina”*, en *“La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional”*, Editorial RubinzalCulzoni, Buenos Aires, año 2009, p. 143-155. Conforme la Constitución Nacional a la Cámara de Diputados le asiste el derecho de acusar ante el Senado al Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete de Ministros, a los Ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o crímenes comunes después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes (artículo 53 CN). Por su parte, el artículo 59 CN establece que corresponde al Senado juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y que ningún funcionario podrá ser declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros

También de *legeferenda* podría pensarse en fortalecer el rol a desempeñar por parte de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas en los sumarios administrativos que deban iniciarse como consecuencia de los incumplimientos judiciales de funcionarios públicos que causen perjuicios al erario público en virtud de las sumas que en concepto de astreintes se hayan tenido que abonar⁴⁶⁹.

presentes. Por último, el artículo 60 CN determina que el fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. No obstante, la parte condenada quedará sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

⁴⁶⁸Se trata de un supuesto excepcionalísimo que sólo podría ser ejercido en caso de tratarse de un incumplimiento contumaz y recalcitrante de la manda judicial, en la medida que el contenido de ésta implique el ejercicio de una facultad completamente reglada. Si por el contrario, se tratase del ejercicio de facultades discrecionales o la administración invocase la existencia de intereses públicos superiores, dicho mecanismo no podría ser ejercido en plenitud porque implicaría que el juez asuma un rol de administrador que la Constitución Nacional no le reconoce en virtud del principio de división de poderes o funciones. PEYRANO, Jorge W., *“La ejecución de resoluciones judiciales por mano del juez”*, Editorial La Ley, Buenos Aires, año 2013; POZO GOWLAND, Héctor M., *“El incumplimiento de sentencias por el Estado. Ejecución forzosa y poder de sustitución de los jueces”*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Premio Dr. Miguel S. Marienhoff, año 2011, p. 41 y ss.; JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, *“El control judicial: alcance y límites. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*, Editorial AbeledoPerrot, Revista de Derecho Administrativo, año 2008, p. 996. Por su parte, HUTCHINSON, Tomás, *“Derecho procesal administrativo”*, Editorial RubinzalCulzoni, Buenos Aires, año 2009, Tomo I, Capítulo III, Punto III y CASSAGNE, Juan Carlos, *“La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”*, Editorial La Ley, 2008-E, año 2008, p. 1274, se manifiestan a favor de un criterio sustitutivo más amplio. En opinión de HUTCHINSON “cuando la administración tiene cierta opcionalidad para cumplir con el cómo de una sentencia, esa opción existe durante el término en que esa sentencia puede ser cumplida voluntariamente por aquélla. Cuando no cumple voluntariamente ha perdido la posibilidad de opción; su incumplimiento hace que la actividad libre de la administración (el cómo) se extinga para ser sustituida por el juez”.

⁴⁶⁹BIANCHI, Alberto B., *“La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (funcionamiento y pautas para su reforma)”*, Editorial El Derecho, 107-489; CANDA, Fabián Omar, *“La Fiscalía de Investigaciones Administrativas”* en *“Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo, judicial”*, Ediciones RAP, año 2003, p. 827-867. Si se decidiese o se impidiese normativamente la aplicación directa de astreintes a los funcionarios públicos, sería deseable dotar a este organismo fundamental en la investigación de las irregularidades de las conductas de los agentes estatales de las facultades suficientes para intervenir como parte acusadora en el procedimiento regulado por los artículos 130 y 131 de la Ley N° 24.156 y así poder contribuir a

Por su parte, cierta jurisprudencia reciente ha intentado innovar en materia de alternativas de conminación judicial, pero no compartimos la postura allí adoptada ya que las consecuencias de la medida escogida en ese caso puntual rebasan los límites de la responsabilidad del funcionario público, proyectándose sus efectos sobre otros individuos totalmente ajenos a la cuestión ventilada en dichas actuaciones⁴⁷⁰.

En cualquier caso, salvo el extremo y excepcional supuesto de sustitución de la administración por el magistrado –que debería ser interpretado de forma absolutamente restrictiva-, ninguna de las herramientas mencionadas le otorga al propio juez de la causa –quién debería ser el más interesado en lograr el acatamiento de lo decidido- la posibilidad de influir directamente sobre la conducta del incumplidor y lograr la plena y cabal satisfacción de lo decidido.

hacer efectiva la acción por responsabilidad patrimonial de los agentes que con su ilegítimo accionar le hayan causado un perjuicio al erario público derivado de la aplicación de astreintes al Estado.

⁴⁷⁰JCAyT N° 2 CABA, “*Di Filippo, Facundo Martín y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales*”, de fecha 15/09/2013. En dicho precedente y dada la infundada reticencia del funcionario involucrado en cumplir con la resolución judicial impartida, el juez interviniente consideró que era necesario generar creativamente mecanismos que implicaran formas aptas para forzar a los funcionarios y particulares a cumplirlas. En ese marco, dispuso que el incumplimiento de la medida cautelar por parte del Ministro de Ambiente y Espacio Público de la CABA fuera informado a la población en el marco de la campaña electoral con miras a las elecciones generales de legisladores que tenían lugar el 27 de octubre de 2013. A tal efecto, decidió que se oficiara a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y a la Dirección Nacional Electoral para que la totalidad de la publicidad electoral prevista en los artículos 43 bis y subsiguientes de la Ley N° 26.215, y del Decreto N° 760/2013, en la que se promoviera en forma directa o indirecta la candidatura a Senador Nacional del Ministro de Espacio Público y Medio Ambiente de la Ciudad de Buenos Aires, fuera antecedida por la transmisión del mensaje oral y escrito que a continuación se detalla: “**PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES – EN EL EXPEDIENTE 34874/9 EL CANDIDATO DIEGO CESAR SANTILLI DNI 17.735.449 INCUMPLE LAS MEDIDAS JUDICIALES ORDENADAS**”. Entendemos que no obstante la loable voluntad del magistrado interviniente en buscar alternativas más eficientes para lograr el cumplimiento “*in natura*” de las resoluciones judiciales, la solución propiciada es susceptible de proyectar efectos perniciosos sobre otros individuos integrantes de la misma lista electiva y que nada tienen que ver con la inejecución del concreto mandato judicial. Además, indirectamente se estaría inmiscuyendo en cuestiones atinentes al régimen electoral nacional, careciendo de la competencia material para ello, ya que son propias de la Justicia Nacional Electoral.

En todos los otros casos, la concretización del “castigo” por el incumplimiento deberá provenir por vía indirecta –no del propio juez de la causa-: a) del superior jerárquico, en el supuesto de intentarse acciones por responsabilidad disciplinaria o patrimonial; b) de los jueces penales a los que les toque intervenir en las causas que se inicien contra los funcionarios irresponsables; c) del Congreso de la Nación en el caso de un eventual e hipotético juicio político, si se tratase de funcionarios pasibles de este tipo de procedimientos.

En ese marco, debe tenerse en cuenta que el factor tiempo asume un rol preponderante. Mientras el efecto de las astreintes –si se aplicasen directamente a los funcionarios y/o agentes públicos responsables- es inmediato y eficaz, ya que luego de la imposición empiezan a devengarse diariamente, en el resto de los otros mecanismos no acontece lo mismo. La sustanciación y tramitación de cada procedimiento demandará probablemente una duración muchas veces incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Además, resulta un dato por cierto nada irrelevante el hecho de considerar que la aplicación de astreintes no enervará la posibilidad de que se articulen cada una de las herramientas precitadas, ya que todas ellas configuran procedimientos autónomos susceptibles de tramitar por carriles propios en función de perseguir finalidades diferentes⁴⁷¹.

⁴⁷¹La finalidad propia del procedimiento disciplinario es asegurar y proteger el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, como consecuencia de la relación estatutaria que se establece entre el Estado y el agente público; la finalidad propia de las acciones penales aplicables a los funcionarios públicos también tienen por objeto asegurar el buen funcionamiento de la Administración Pública, pero apreciando el desvalor de la conducta desde el punto de vista de su incidencia hacia afuera de la propia Administración, es decir, de cara a los particulares o a la sociedad toda; la finalidad propia del juicio político es poner en marcha la responsabilidad política, removiendo al funcionario público del cargo que ejerce, sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan caberle conforme las normas del derecho común. Lo expuesto justifica entonces que estos mecanismos no se anulen entre sí y que en consecuencia no proceda la aplicación del principio *non bis in idem*. Cfr. CANDA, Fabián Omar, “La responsabilidad penal de los agentes de la administración pública” en “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, ya citado, p. 624 y COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, ya citado, p. 590.

Bajo esos parámetros, las sanciones conminatorias –sobre todo aquellas que se aplican a funcionarios y/o agentes públicos responsables de una falta personal pura- se erigen como un instrumento sumamente importante en la tercera fase del derecho a la tutela judicial efectiva: la etapa de ejecución de sentencias.

Sin duda alguna la manera real de llenar de contenido este derecho fundamental, está dada en las facultades que se dan a los jueces para imponer a la administración –y a sus funcionarios públicos- una actuación positiva en cumplimiento de la sentencia y en la voluntad real de los tribunales de hacer uso de sus facultades, asumiendo que la tutela judicial no alcanza su plenitud en el momento de dictar sentencia, ya que en ese momento se hace jurisprudencia, pero no justicia⁴⁷².

Por ello, entendemos que resulta necesaria una regulación positiva del instituto en el ámbito propio del derecho administrativo, que establezca con toda claridad y certeza sus contornos, requisitos y condiciones de procedencia, para de ese modo permitir a los jueces de la Nación la utilización –sobre bases ciertas y concretas- de una herramienta propia e inherente a su poder de *imperium* que supone necesariamente la facultad –y el deber jurídico y moral- de hacer cumplir lo decidido.

⁴⁷²HUTCHINSON, Tomás, “*El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado*”, Revista Latinoamericana de Derecho, año 2004, p. 63.

LA CORRUPCIÓN COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD

Por Agustín Gordillo

1. La esclavitud y la trata de personas: El punto de partida para un conjunto de delitos de lesa humanidad, algunos *in statu nascendi*

El genocidio, tan frecuente en la historia, es hoy casi unánimemente condenado como delito de lesa humanidad. Es cierto, en efecto, que hay quienes se oponen hasta al concepto mismo de crímenes de lesa humanidad, pero no son representativos del estado actual del derecho mundial. Lo mencionamos tan sólo para recordar cuán escarpado es el camino a recorrer; no es el objeto de nuestro análisis en el presente trabajo.

Desde las civilizaciones grecorromanas y otras, el derecho a tener esclavos no fue discutido durante milenios. Pero hace pocos siglos comenzó un cambio hacia su castigo penal como delito de lesa humanidad.

Quedan rezagos en la trata de personas, que la humanidad trata de enfrentar con herramientas de parecida severidad.

Otros delitos de hoy, que milenios antes eran derechos, se asocian a ella, como la narcocriminalidad. Se ha dicho hace tiempo que el narcotráfico es un delito de lesa humanidad *in statu nascendi*.

Hay también actividades que siempre fueron ilícitas, como la corrupción, hasta calificada en una de sus variantes como herejía por la Biblia. Parece una verdad universal que la corrupción ha sido y será eterna, como debe también ser nuestra vigilancia.

Esos caminos convergen en cada vez más acuerdos internacionales, superiores al derecho interno. Uno de ellos es la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada en 1996 por la ley 24.759, que vincula esos delitos a la asociación ilícita o criminalidad organizada y al lavado de dinero.

No son por cierto caminos fáciles, hasta encontrar los delitos que tengan espejo en otras jurisdicciones y se persigan con el mayor énfasis posible del derecho comparado.

Nos cuesta a todos reconocer que la comunidad de las naciones civilizadas exige cada vez mayor eficacia en la previsión y punición de estas actividades. Tenemos que adaptarnos a las exigencias internacionales mínimas contra estos crímenes.

2. El derecho humano a la no corrupción en la Constitución argentina de 1994

Nuestro primer paso fundamental en este camino, en la Argentina, lo dimos en el art. 36 de la Constitución de 1994.

El texto constitucional comienza complementando la condena constitucional de “infame traidor a la patria” a quien otorgue la suma del poder público. Lo hace extendiendo y ampliando esa sanción a los que interrumpen el orden constitucional y el sistema democrático.

Luego el mismo artículo de la Constitución argentina extiende tales sanciones a quienes, como consecuencia de tales rupturas del orden constitucional, usurpen funciones públicas y amplía una vez más las sanciones.

Avanza luego un paso más en ese mismo desarrollo: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento.”

En lugar de la inhabilitación automática a perpetuidad de los anteriores supuestos, aquí el texto constitucional autoriza al legislador a fijar plazos específicos de inhabilitación. Pero en lo sustancial se remite, a mi juicio inequívocamente, a todas las severas condenas

precedentes. A falta de ley expresa en sentido diverso, se aplica la inhabilitación automática perpetua de los primeros supuestos del artículo 36.

A efecto ilustrativo, reproduzco el texto introduciendo en cuerpo más pequeño a las frases que a mi juicio pueden oscurecer la lectura integral que propongo. Los subrayados y diferentes tamaños de letra son tan sólo a fin de una mejor explicación del texto.

“Art. 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.”

3. Continuación. Normas posteriores

El texto constitucional se amplió con la Convención Interamericana contra la Corrupción, con su énfasis en la prevención de la corrupción pero también con una clara vinculación a una

serie de delitos como narco-criminalidad, trata de personas, terrorismo, mafia o asociación ilícita, etc.

La corrupción, cohecho, dádivas, sobornos, lavado de dinero, son mostradas allí como el hilo conductor por el cual casi siempre pueden transitar tales gravísimos delitos internacionales delitos. Son un camino intermedio, un mecanismo posible, que es indispensable investigar en cada caso para determinar su grado de conexidad con los grandes delitos que atacan la humanidad.

De ese modo quizás indirecto e instrumental, la corrupción en sus diversas manifestaciones va así en camino de constituir el casi seguro hilo conductor de los delitos que asolan a la humanidad entera.

Aunque parezca y tal vez sea excesivo, la seguridad de las naciones depende en gran medida de la eficacia de la lucha contra la corrupción. No es *per se* el dinero: El enriquecimiento ilícito, el soborno, el contrabando, el lavado de dinero. No, son las vidas humanas que se diezman por doquier con aquella quizás lejana pero no menos conveniente intermediación. Es también el nexo directo con la pobreza y miseria de los pueblos que la soportan.

La acción internacional es imperativa, casi para preservar la especie humana y su hábitat.

Estamos también dando pasos para la lucha internacional de la piratería, que encarece los seguros que deben pagar nuestras exportaciones; pero no alcanza, son muchos más los pasos que debemos dar. Esa es la lucha contra la corrupción.

Dimos por cierto un nuevo paso importante, a nivel represivo, con las leyes penales sobre lavado de dinero y delitos conexos. (Por ejemplo las leyes 26.683 y 26.734 del año 2011.) Hay nuevos proyectos en el Congreso argentino en el año 2016 (arrepentido y extinción de dominio). La historia se acelera.

Ya es de conocimiento masivo por distintos medios de comunicación argentinos, algunos menos conocidos como Montenegro en Canal 26 o Animales Soltos en América TV, pero en

verdad por todos, de las múltiples causas y casos por presunto lavado de dinero o enriquecimiento ilícito en los que subyace la posible corrupción y otros alegados delitos conexos.

Podemos mencionar a mero título de mínimo muestreo, *Báez, Austral, Helvetic, La Rosadita, Madero Center, Hotesur, Los Sauces*, los dos *López* más sus previsibles ramificaciones y conexiones, familiares co-imputados o co-procesados, prófugos apresados y sin apresar, bóvedas húmedas o impermeables, etc.

La lista sigue creciendo, en la medida que la justicia penal federal parece encontrar su eje ante la presión social. Pero es claro que la punición prevista en el Código Penal dista del cumplimiento del texto y el espíritu constitucional.

Lo mismo ocurre con otras causas por supuestos delitos de dádivas, retornos, enriquecimiento ilícito, asociación ilícita, etc., que vienen a dar relieve a la importancia del cumplimiento del derecho humano previsto en el art. 36 de la Constitución de 1994.

Reitero, *es el derecho humano a la no corrupción*, enfatizado por tratados internacionales que suscribimos posteriormente, como la Convención Interamericana contra la Corrupción. Ruego se me disculpe esta expresa repetición y remisión.

Como el narcotráfico, tal vez sean posibles delitos de lesa humanidad *in statu nascendi*. Una primera salvedad es que dado que algunas salas de la Cámara Federal y Cámara Nacional de Casación Penal tienen trayectorias diversas y recién se acaba de integrar la Corte Suprema, es muy temprano para saber cómo sigue esta historia. Una segunda salvedad es que el tema transita por el mundo y no sólo por nuestro país, así como el 80% del intercambio mundial de bienes y servicios lo representan empresas multinacionales. La globalización no es una tendencia, es la realidad contemporánea. Esto no debe ser discutido como cuestiones conceptuales de estar a favor o en contra de ella, sino de mostrar con datos concretos de la realidad cómo se va perfilando el mundo contemporáneo, en un profeso que a veces lleva siglos de evolución, como veremos más abajo.

El derecho penal, una parte del derecho público argentino que no figuraba en las primeras miradas de la opinión pública, pasa pues a constituir un capítulo fundamental de nuestra vida pública. Ya no son sólo algunas valientes legisladoras que desde distintos ángulos del espectro político trataron y tratan de impulsar causas penales contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, ahora estas últimas parecen haber tomado vida propia. Cuán fuerte, cuán lejos, cuán arriba, cuán alto, cuán profundo, es algo que toda la sociedad debe vigilar y controlar.

Esto es un dato de la sociedad argentina actual que tiene su origen en las sugerencias y presiones de la comunidad política internacional. Pero, aunemos o no entre nosotros nuestra respectiva percepción del mundo, éste hace sentir cada vez más su influencia sobre nuestro derecho nacional. Esa primera tanda de ejemplos que acabamos de dar dista de ser la única, pero la hemos colocado primera por su mayor visibilidad mediática.

Tenemos la libertad de opinión de expresar que algo no nos gusta, no tenemos en cambio la opción racional de decir que desconocemos, negamos e ignoramos los hechos, que ellos no existen. A pesar de lo cual vastos sectores de la sociedad transitan, con frecuencia, por esta actitud. Existen y los dioses griegos castigaban a aquellos que querían perder, cegándolos para privarlos de la capacidad de percibirlos.

En general, ver nuestro artículo *Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality*, cap. 15 del libro de Gordon Anthony, Jean-Bernard Auby, John Morison, Tom Zwart (editores), *Values in Global Administrative Law*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372. Reproducido en el *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 11, Dir. Mario Rejtman Farah, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2015, pp. 9-18, también accesible en www.gordillo.com

4. La soberanía nacional en el concierto de las naciones

Muchos hemos sido educados bajo el dogma de la soberanía nacional, que en nuestro inconsciente imaginamos irrestricta. Sin embargo, un país que aspira a desarrollarse no puede abstenerse de actuar en el concierto de las naciones: Las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, el Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE, la Organización Mundial del Comercio, OMS, la Organización Internacional del Trabajo, el Centro Internacional de Arreglo de Conflictos de Inversión, CIADI, la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París, son ejemplos que nos vienen fácil a la mente.

La OCDE es fruto de un tratado internacional al que aspiramos ingresar como miembros plenos y a cuya red internacional de intercambio automático de información financiera y fiscal nos hemos ya incorporado antes de ahora, con efecto a partir de enero del 2017. El BCRA ha dictado en mayo del 2014 la Comunicación “A” 5581 en el sentido del intercambio de información financiera, indicando que debe cumplirse con el documento de la OCDE denominado *“Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information - Common Reporting Standard.”*

La norma es luego ampliada por la Comunicación “A” 5588 de igual año, www.bcra.gob.ar, teniendo en vista la colaboración del país con la ley FATCA (*Foreign Account Tax Compliance*) de los Estados Unidos. Hay más decisiones oficiales en igual sentido, por ejemplo en el mismo año de la Comisión Nacional de Valores, publicada en su sitio www.cnv.gob.ar y otras.

Estas normas dictadas por el gobierno del 2003 al 2015 fueron continuadas por el actual gobierno. Ese sistema de intercambio informativo permitió a la administración argentina del gobierno anterior acceder a los registros de las cuentas bancarias de diversos argentinos que debieron ser investigados por nuestra justicia. Cuando esa información externa se perdió localmente, fue posible fácilmente reconstruirla en 2016 y a través tanto de la Procuración del Tesoro de la Nación como de la justicia argentina. Eso demuestra la eficacia interna de los mecanismos de cooperación que tenemos y seguimos ampliando.

La lista de organismos internacionales a que pertenecemos desde antes por voluntad propia, con la aprobación del Congreso de la Nación, es en verdad muy extensa y en muchos formamos parte de los órganos de toma de decisiones aplicables a los Estados signatarios, entre ellos nosotros mismos.

Esas decisiones internacionales constituyen normas jurídicas que nos obligan en forma directa, tal como las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Los tres poderes del Estado tienen que cumplirlas en el derecho interno. Para que ello ocurra es necesario que la sociedad haga sentir su mirada sobre el para mí más importante de los tres poderes del Estado, el Poder Judicial.

5. La jurisdicción extranjera y el crédito externo

De los muchos datos que provienen de la comunidad internacional mencionaré ahora uno muy antiguo pero que recién este año hemos podido, una vez más con demoras, volver a cumplir. Puede o no vincularse a hechos de corrupción, pero el camino elegido universalmente no es el de la jurisdicción nacional. Lo trato en el tomo 7, *El derecho administrativo en la práctica*, de mi *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, tomo 7 cuyo capítulo XXIV se denomina “El contrato de crédito externo,” que primero publiqué en 1982 en la *Revista de Administración Pública* de España y reproduce ese mismo año en un libro colectivo de Astrea, que tuvo dos ediciones. Reiteré la publicación inalterada en las ediciones que tuvo mi libro *Después de la reforma del Estado*, la segunda en 1998.

También en el tomo 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, del año 2015, dirigido por Mario Rejtman Farah, reproduce en la p. 684 la carátula de ese mismo capítulo, ahora incluida en el tomo 7. Son pues seis reproducciones inalteradas de un mismo trabajo de 1982.

¿Por qué esta insistencia de mencionar todos los lugares y épocas en que lo reproduce? Porque quiero destacar que todas las versiones son copia fiel de la primera publicación en 1982: Desde 1982 al presente pienso y publico lo mismo. Pero no voy a repetir hoy lo que ya publiqué tantas veces. Quien se interese puede leerlo en mi sitio www.gordillo.com

Hoy volveré más bien sobre el pasado de hace tres siglos, cuando las monarquías absolutas tuvieron su primer encuentro con el tema. En los años que ahora corren, el tema se extiende de manera constante.

No se trata de lo que en la época de las privatizaciones y des-regulaciones se llamó “la huida del derecho administrativo,” porque se escapaba del derecho administrativo para ir hacia el derecho privado. A lo sumo es una huida del derecho administrativo local hacia la jurisdicción y el derecho extranjeros, ambos generalmente privados. Pero es un fenómeno más complejo.

El ya referido tema del “Contrato de crédito externo,” es el ejemplo más antiguo de lo que voy a comentar. Las normas de cada contrato van cambiando con el tiempo (*cross default*, *RUFO*, acciones colectivas, etc.), pero no cambia el contexto internacional en el cual se celebran y ejecutan.

Todo empezó cuando las monarquías absolutas declararon normativamente la no responsabilidad del Estado en el derecho interno.

Un libro de derecho administrativo francés de 1853 recopila en sus primeras cincuenta páginas todos los supuestos en que el Estado no pagaría a sus acreedores, con casos algunas veces exóticos, como en el de una ordenanza real que dispuso “No se pagará a los portugueses.”

Hemos hecho algo peor, en realidad, sancionando la ley bien llamada de irresponsabilidad del Estado, la cual comienza a analizarse en la Cámara de Diputados con miras a su eventual derogación.

Pues bien, lo que ocurrió hace varios siglos es que de allí en más los bancos internacionales se negaron a dar crédito a las monarquías absolutas bajo las normas de su derecho interno, que no reunía características de protección razonable del capital.

Prefirieron restringir el otorgamiento de créditos a países soberanos sólo bajo las normas de plazas cuya legislación y jurisdicción se consideraban más seguras para el acreedor.

Lo explicamos en nuestro ya citado artículo *Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality*.

Volvamos al presente, partiendo del nacimiento de la República. Allí se dan varias peculiaridades. La mayor parte de los grandes fondos de inversión se encontraban por aquel entonces en Gran Bretaña, hoy en los Estados Unidos.

Por norma general, proceden igual que los prestamistas internacionales de las monarquías absolutas de hace tres siglos: No realizan inversiones en el exterior de su país con sujeción a la jurisdicción local del prestatario, para no arriesgar irresponsablemente a los ahorristas e inversores del país de origen. Lo mismo hacen los bancos nacionales que prestan dinero a las Provincias: No se sujetan a la jurisdicción local del deudor.

El dinero para un crédito externo se obtiene por lo tanto, principalmente, suscribiendo un contrato para ser celebrado y ejecutado en el domicilio del acreedor, bajo la legislación y jurisdicción correspondiente al lugar.

Antes Londres, ahora y el siglo pasado Nueva York. A esas plazas se agregan en los últimos tiempos y para otros contratos la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París.

En los primeros contratos, aquellos sometidos a la jurisdicción de Estados Unidos, el dinero se recibe en ese país y se debe devolver en el mismo lugar.

Esa alternativa de someter el contrato al lugar de ejecución fue siempre la norma del viejo Código Civil y del tratado de Montevideo; se encuentra plenamente vigente en nuestro país

desde entonces al presente. Se han dictado, por cierto, normas provenientes de nuestro derecho interno: Entran así en conflicto la eficacia de la ley del lugar de ejecución del contrato y la eficacia de la ley del domicilio de una de las partes.

Como todos sabemos, la eficiencia está exigida en la Convención Interamericana contra la Corrupción, como requisito supralegal de carácter preventivo. A mi juicio esa norma comprende también la eficacia, o sea que la decisión dé los resultados esperados, que se cumpla.

Pero así como esa norma viene del plexo del derecho supranacional, hay también fenómenos del derecho global que han adquirido autonomía efectiva respecto del derecho interno. Es otro tipo de eficacia, ahora proveniente del juego de circunstancias que voy a comentar.

Paso a otro tema actual, por muchos incomprendido:

6. El idioma inglés

Si la inversión o el financiamiento no provienen de fondos de los Estados Unidos es probable que se pacte la jurisdicción judicial o arbitral de otro país que los Estados Unidos. Si bien no se está ya pactando la jurisdicción del deudor, puede ser que tampoco la del acreedor.

Nuestro derecho interno no es favorable al arbitraje, pero al someterse la jurisdicción a tribunales arbitrales extranjeros o internacionales, como es también el caso del CIADI, la presión internacional hace que el país termine pagando las condenas externas.

Las circunstancias macroeconómicas contemporáneas han llevado al país a suscribir nuevos contratos de préstamo externo o inversión extranjera, pactando una jurisdicción de un tercer país, como en el contrato del Belgrano Cargas, decreto 1071/2014 y leyes 27.122 y 27.123 de marzo de 2015, que elige la jurisdicción arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París, a ser realizado en dicha sede en idioma inglés.

En ese ejemplo se advierte cómo la decisión jurisdiccional se traslada a otro país e incluso a un idioma ajeno, tanto al país sede del tribunal, como al idioma de cada una de las partes. Es un idioma internacional, lo conozcamos o no.

Y el texto por el cual estamos obligados es el escrito en idioma inglés, que pasa así, al menos en parte, a ser el idioma oficial que para el caso pactamos soberanamente.

En otras palabras, el contrato es ley para las partes y puesto que su texto está en inglés, parte de nuestro derecho positivo vigente también está en inglés como única versión oficial. Que nos guste o no es irrelevante para el mundo.

Nuestra decisión soberana, como la de China en ese mismo contrato, ha sido utilizar a ese idioma como idioma oficial y tenemos por ende la obligación de saber inglés para conocer nuestro derecho en su idioma original, en este tipo de casos.

Recordarán seguramente, hace algún tiempo, cómo la fiscal penal de Barcelona que indagaba a Messi por fraude fiscal le “ayudaba” diciendo que desde luego no entendería los extensos contratos en idioma inglés que él había suscrito y por los cuales se lo investigaba. Pero si esa tolerancia fiscal barcelonesa con el posible o seguro desconocimiento del idioma del contrato no se aplicó en la primera sentencia a Messi, menos le será aplicable a un Estado.

7. La legislación y jurisdicción extranjera e internacional

Es el mismo entramado de normas que nos llevó —entre otras medidas— al dictado de las leyes 26.683 y 26.734 del año 2011 contra el lavado de dinero y el terrorismo internacional, incluso cuando los hechos se refieran a un crimen cometido fuera de nuestro territorio, según los artículos 303 y 306 del actual Código Penal. Los demás países tienen normas parecidas. Un ejemplo destacado se refiere al juzgamiento de las prácticas corruptas en el extranjero, que ahora analizaremos.

8. Las prácticas corruptas en el extranjero

Si bien la OCDE es fruto de un tratado internacional al que aspiramos a ingresar como miembros plenos, existe también, como instrumento aparte, un Convenio de la OCDE contra el soborno transnacional. De éste sí formamos parte: Lo hemos suscripto un total de 41 países que realizan gran parte del comercio internacional. Dieciséis de esos 41 países pertenecen, como nosotros, al G20.

De todos modos nuestro país está en la categoría más baja de signatarios, con calificación oficial de “Aplicación Mínima o Nula.”

El último informe sobre la Argentina es de diciembre de 2014, que está en inglés en Internet. Nosotros no lo traducimos oficialmente ni lo publicamos internamente, pero ello no significa que no exista oficialmente a nivel internacional, como eslabón de un convenio internacional que hemos suscripto pero que según ese informe incumplimos frontalmente. Una nueva misión evaluadora vendrá al país por ese tema en el año 2017, sin perjuicio de otras que nos visitan en 2016 para ajustar nuestras pautas estadísticas a las internacionales. También una misión argentina viaja en el mismo 2017 a París para efectuar el seguimiento del tema.

Conviene recordar las leyes de Estados Unidos sobre prácticas corruptas en el extranjero (FCPA, *Foreign Corrupt Practices Act*) y sobre la mafia o crimen organizado (RICO, *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*).

Ellas se aplican también a organizaciones o personas situadas en terceros países, como la FIFA en Suiza o la AFA en nuestro país. Un caso de interés es Burzaco (ex presidente de TyC, Torneos y Competencias) primero detenido con prisión domiciliaria en el norte de Italia. Luego fue trasladado a Nueva York, como imputado con prisión domiciliaria que colabora con el proceso para desenmascarar a otros responsables de mayor rango en la organización. Ese ciudadano argentino ha sido voluntariamente procesado por la justicia penal de Nueva York,

por hechos cometidos en Suiza y Argentina. Él habría confesado en Nueva York, según Graciela Ocaña, haber pagado sobornos al gobierno argentino por la televisación de los derechos de fútbol.

Esa figura del derecho de los EE.UU., que aquí incorporamos al derecho vigente por ley del Congreso de la Nación en el año 2003, mediante la figura del imputado colaborador (que se conoce popularmente como testigo arrepentido), ha tenido su primera aplicación argentina en 2016, con importantes derivaciones en diversas causas bajo la primera aplicación del régimen del testigo protegido, creado por ley 25.764/2003. (Existen proyectos de ampliar la figura, bajo trámite legislativo.)

La conversación telefónica de Burzaco con los Jinkis anunciando "Vamos todos presos" no tenía presente que el lugar de juzgamiento sería Nueva York bajo la ley RICO contra la mafia y que la ulterior prisión estaría en Estados Unidos.

Dicho sea de paso, a mí que nunca me interesó la sección de deportes, ahora debo estudiarla para averiguar cómo evoluciona la jurisdicción extranjera sobre el fútbol mundial y argentino. Incluso hay entidades privadas internacionales como la FIFA que dictan normas de aplicación obligatoria nacional, en nuestro caso por la AFA.

No se olviden, de todos modos, que nuestro Código Penal también tiene supuestos de jurisdicción nacional sobre hechos acaecidos en el exterior. (Arts. 303 y 306.) La evolución no es sólo de otros países.

Cualquiera sea la opinión que tengamos en el derecho interno sobre los múltiples mecanismos extranjeros o internacionales de resolución de conflictos, lo cierto es que esta voluntaria sujeción a otra jurisdicción que la nuestra, resulta eficaz fuera del país.

De ese modo, el derecho aplicable no es interpretado y aplicado por nuestros tribunales, sino por tribunales judiciales o arbitrales situados fuera de nuestro territorio, para la resolución de los conflictos a que de lugar el contrato que hemos celebrado con tales particularidades.

El sometimiento a la jurisdicción externa viene dado por la necesidad de operar en el ámbito internacional y los mecanismos de aplicación son los internacionales, no los internos.

El contrato celebrado en Kuala Lumpur entre Petronas, de Malasia, con YPF, como otros celebrados y a celebrarse en función del decreto 929/2013, también prevé la jurisdicción de un tercer país, en el caso nuevamente la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París, en idioma inglés.

Como el país depende de la importación de energía por montos superiores a los diez mil millones de dólares anuales, conseguir financiamiento o inversión para desarrollar nuestras propias fuentes de energía se transforma en una necesidad, quizás impostergable, del país a través de YPF.

La eficacia para obtener el financiamiento o la inversión externa está unida entonces a la eficacia del acceso a una tercera jurisdicción. No me refiero a la eficacia de la jurisdicción judicial o arbitral en los distintos países involucrados, sino a la eficacia real, en el mundo, de la decisión argentina de someterse a una jurisdicción extranjera.

Nuestra jurisdicción interna seguramente no coincidirá con las interpretaciones internacionales, pero ello no excluye la eficacia de los mecanismos internacionales que ya expliqué, por ejemplo, en el capítulo VIII de mi *Introducción al Derecho*, de 2003, que tiene ediciones en castellano por la editorial La Ley, además de versión inglesa, francesa y portuguesa. Todo está en www.gordillo.com

Algo parecido ocurre con los créditos o *swaps* con el Banco Central chino, al que la ley argentina 26.961 de 2014 otorga inmunidad de jurisdicción nacional junto a todos los bancos centrales extranjeros. El país tiene forzosamente que someterse a otra jurisdicción extranjera, pues esa ley del Congreso de la Nación establece que nuestro país carece de jurisdicción sobre los bancos centrales extranjeros.

La eficacia en conseguir el *swap* depende entonces de la eficacia de la decisión de someterse a la jurisdicción extranjera. Por eso se ha dictado dicha ley del año 2014.

Dado que el acceso a esas jurisdicciones lo resuelven los tribunales judiciales o arbitrales de otros países, aquél tiene a su vez la eficacia del funcionamiento del sistema internacional, que si bien no es automático como tampoco lo es la jurisdicción nacional, generalmente termina con el acatamiento del país a las decisiones de otras jurisdicciones, como ha ocurrido con el CIADI. Así la Resolución 598/2013 del Ministerio de Economía, mediante la cual se aprobó el “modelo de acuerdo sobre laudos firmes dictados por tribunales arbitrales.”

La eficacia nacional del acceso al mercado internacional depende entonces de la eficacia del sometimiento a otra jurisdicción. Ésta a su vez no requiere hoy en día, para su ejecución material, de la intervención de órganos judiciales de nuestro derecho interno. Basta con la presión internacional. Así lo hicimos en 2014 con el Club de París y Repsol, así lo hemos hecho en 2016 con Griesa.

Incluso hay conflictos —no terminados— vinculados a la mayor apertura de mercados, que para ser eficaces (en el sentido de que se puedan materializar) requieren de la adopción de medidas de derecho interno para cumplir con las normas y prácticas internacionales que juzgan los tribunales de la Organización Mundial del Comercio.

Allí treinta y ocho países nos hicieron juicio ante la OMC y nos ganaron en primera y segunda instancia. Se encuentra firme desde 2015 y nuestro Ministro de Economía de entonces anunció ese año que cumpliríamos en 2016, lo que ahora estamos haciendo.

El acceso a los mercados internacionales dependerá de que dictemos las demás medidas de derecho interno necesarias para ello.

Es el mismo principio jurisdiccional que establece la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Venezuela estaría evaluando desvincularse del tratado y de sus órganos de aplicación, pero así como nuestra dinámica política impide ese paso, también nuestra

dinámica macroeconómica excluye el apartamiento de estos otros convenios internacionales que hemos estado suscribiendo en los últimos años en materia de trenes, petróleo y demás recursos energéticos, *swaps*, etc.

Estamos entrando a una nueva etapa del progresivo derecho global, como lo atestigua la ley 27.122 publicada en el B.O. del 5 de marzo de 2015 aprobando el tratado con China por el que, entre otros aspectos, se excluye la jurisdicción local de un observatorio espacial en Neuquén, para el monitoreo y control de la exploración interplanetaria. La construcción se ubica en un predio de 200 hectáreas en el Paraje Quintuco Pilmathue, Bajada del Agrio, de esa Provincia. Los trabajos están en marcha y se anuncia su conclusión para marzo de 2017. Como antecedente, puede citarse el caso de la sede de CONMEBOL, Confederación Sudamericana de Fútbol, cuya sede en Paraguay tuvo durante muchos años inviolabilidad diplomática como si fuera una embajada. Las bases militares de distintos países en terceras naciones tienen la misma cláusula.

Ese es el nuevo marco internacional en que operamos. Así como una ley del Congreso de la Nación, con apoyo de casi todos los partidos políticos opositores, dispuso la confiscación, desde luego inconstitucional, de REPSOL, así también la dinámica internacional llevó a que acordáramos y efectivizáramos el pago (Resolución 26/2014 de la Secretaría de Finanzas), como igualmente al Club de París (invocando el decreto 1394/2008), sin necesidad de pronunciamiento judicial o arbitral alguno. Otros gobiernos, como siempre ha sucedido en nuestra historia, pagarán finalmente las acreencias externas de ayer que hoy no podemos atender. El pago tardío casi siempre encarece la deuda, como pasó con el Club de París y con el crédito externo tomado en 1824 por Rivadavia. Es la regla.

Así como hay un Comité Olímpico Internacional, el GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, la OMC, Organización Mundial del Comercio, etc., cada uno de los cuales logra la eficacia de materializar sus decisiones, así también damos nuevos pasos en el mercado internacional y la jurisdicción de terceros países. La ley 27.260/1 en su art. 37 inc. b) segunda parte establece la aplicación obligatoria en el derecho argentino de las calificaciones de

países hechas por el GAFI, lo cual es una confirmación adicional de la aplicabilidad en el derecho argentino de tales normas internacionales.

Estamos en una lista de 55 países que se incorporan a partir del 2017 al sistema de intercambio recíproco de información fiscal de la OCDE, al cual se incorporan otros 46 desde el 2018. Algunas jurisdicciones otrora consideradas paraísos fiscales dejarán así de serlo: Bahamas, Bermudas, Gibraltar, Guernsey, Isle of Man, Liechtenstein, Panamá, Suiza, etc. Los bancos de todo el mundo han continuado ajustando incrementalmente los controles de los movimientos de dinero de sus clientes, para que acrediten documentalmente la licitud del origen de cada una de sus transferencias bancarias

9. Male captus, bene detentus

Se despiertan actividades judiciales en otros países, incluso el nuestro, pero cuando hay prófugos de la Justicia se puede dar casos como el de *Eichman*, secuestrado ilegalmente en nuestro país hace más de medio siglo y juzgado luego en Israel.

No sólo hemos sido actores pasivos de esta práctica, sino que también la realizamos en forma activa, por ejemplo en el caso *Gorriarán Merlo*, a quien nuestros servicios secretos, previa coordinación con los servicios secretos de México, capturaron ilegalmente en ese país, sin extradición y lo trajeron al nuestro para su juzgamiento y condena.

Lo mismo hizo Francia con Carlos, alias El Chacal, trayéndolo por la fuerza y de incógnito desde Sudán hasta París para su juzgamiento, sin procedimiento de extradición.

La Corte Suprema de los Estados Unidos igualmente ha convalidado este sistema de capturar en el extranjero a un presunto delincuente y juzgarlo en su propio territorio, sin seguir el procedimiento de la extradición.

Se trata del precepto enunciado a través de un nuevo adagio latino: *Male captus, bene detentus*. Ha sido mal capturado pero está bien detenido.

Estos y otros antecedentes están citados y explicados en el cap. X, parágrafo 1, de nuestra *Introducción al derecho*, en sus versiones castellana, inglesa, francesa y portuguesa, en www.gordillo.com

Veamos ahora en qué medida se puede hablar de un:

10. ¿Derecho nacional?

Cuando en 1962 definí al derecho administrativo excluyendo su calificación como derecho interno según era entonces habitual en la doctrina, como lo pueden ver en el Libro I del tomo 5, lo hice en base a fenómenos que ya se avizoraban en el horizonte.

Con el tiempo han ido creciendo y multiplicándose los aspectos internacionales a cargo de organismos, tribunales judiciales o arbitrales externos.

Ahora, una reflexión literaria. El Premio Nobel Naipaul publicó hace ya varios años un extraño libro bajo el llamativo título *The Return of Eva Peron*. No se ha traducido ni reeditado, y una de sus líneas argumentales es que en muchos países la falta de desarrollo tiene un correlato directo en la incapacidad colectiva de ver la realidad.

Eso mismo se advierte en una selección de notas periodísticas de Jorge Fontevecchia, *Quiénes fuimos en la era K*, donde el énfasis está en cómo se ha comportado *la sociedad argentina, quiénes somos nosotros*. Y una de nuestras características sigue siendo, como lo adelantó Naipaul, nuestra incapacidad colectiva de ver la realidad, que reitera Fontevecchia por ejemplo en las ps. 245, 275, etc., de ese libro.

Sea como fuere, ese entretejido global es un mundo nuevo, distinto al que aprendimos en la Facultad. La eficacia tiene un nuevo rostro, que poco a poco se va construyendo y develando, mientras nadamos en un mar de dudas e interrogantes. Necesitamos abrir los ojos.

El capítulo XXIV del tomo 7 (Dir. Marcelo Bruno dos Santos) o el tomo 11 (Dir. Mario Rejtman Farah) pueden ser un buen comienzo. La *Introducción al derecho*, también, como así también la edición 2016 del tomo 6. (Dir. Mabel Daniele.) Otro punto de partida puede ser el capítulo XXII, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” de la anterior edición del tomo 2. En el futuro, quizás pueda llegar a ser un nuevo volumen de dicha colección por ahora en 11 tomos, a denominarse “Hacia el derecho administrativo global.”

Pero es un camino arduo para nosotros, pues estamos adictos a la fantasía, la imaginación, el deseo y el sentimiento plasmados en nuestra mente como expresión de una realidad que no existe; o la mentira que fervorosamente creemos, quizás para no mirar a los ojos a una realidad que nos resulta demasiado dolorosa, pero no por ello menos cierta.

Quizás sea bueno que López nos sorprenda. Tal vez estemos empezando a abrir los ojos.

**LAS CONVENCIONES
INTERNACIONALES CONTRA LA
CORRUPCIÓN Y LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Por David H. Halperín

1. Introducción: La atenuación del carácter local del derecho administrativo: la mundialización de las reglas aplicables en materia de contrataciones publicadas.

1.1. Acerca del carácter local del Derecho Administrativo

Era y es un lugar común afirmar que el derecho administrativo es un derecho local. Esta característica está determinada fundamentalmente por las disposiciones que regulan el régimen federal, más precisamente el estado federal como forma más sofisticada del federalismo adoptada en nuestra Constitución Nacional.

Desde el ángulo de la teoría constitucional las relaciones de estados con otros estados se consideran materia propia del derecho internacional. Sin embargo, hay pormenores entre estados que si bien ninguno de los estados que las integran pierden su cualidad, sí podrían condicionar la estructura constitucional en organizativa del Estado. Ellos son, la Unión Personal, la Unión Real y la Confederación. Las dos primeras con valor histórico que se explicitaron como tipos que subsumieron circunstancias empíricas⁴⁷³.

En este sentido existe Unión Personal cuando las Coronas de dos Reinos coinciden en la persona de un mismo titular, pero conservándose las dos comunidades estatales independientes y distintas. Esta circunstancia se produce por las leyes sucesorias de las coronas y sin que intervenga la voluntad de nadie. Téngase presente que la misma persona humana accedía por la ley sucesoria de cada una de las coronas y, en cada Estado, emite una voluntad diferente en cada reino⁴⁷⁴.

En tanto, en la Unión real lo que existe es una comunidad del monarca en las dos coronas, pero que para instituir la han acudido a un tratado internacional que mantienen a los dos estados separados y que – como tratado internacional – requiere la aprobación del

⁴⁷³ García Pelayo, Manuel *“Derecho Constitucional Comparado”*, Madrid, ed. Revista de Occidente, 1957, pág. 205

⁴⁷⁴ García Pelayo, Manuel *“Derecho Constitucional Comparado”* cit., págs. 205/206

órgano legislativo y, ese tratado, puede comprender o no la presencia de otros órganos de la unión⁴⁷⁵.

La tercera forma de unión de estados es la confederación, que se trata de una vinculación entre estados, creada por un tratado internacional, con intención de perpetuidad, que genera un Poder sobre los estados miembros y en forma mediata sobre los individuos de esos estados.

La confederación se constituye para la obtención de ciertos fines comunes que deben concretarse permanentemente y para ello se crean órganos permanentes. Generalmente esos fines comunes son la seguridad interior y exterior, las relaciones exteriores y las que se persigan en concreto⁴⁷⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se discute acerca de su personalidad internacional o si se trata de una personalidad de derecho público. Lo importante a destacar es que los estados miembros renuncian al “*ius belli*” que asume directamente la confederación, la que posee relaciones de derecho público con los estados miembros, y ambos distinta naturaleza de derechos con los individuos, en un caso de su propio estado y en el otro, de todos los estados que concurrieran a celebrar el pacto, en las materias que fueron cedidas a la confederación⁴⁷⁷.

El esquema de funcionamiento es el siguiente⁴⁷⁸:

- a) Se excluye el “*ius belli*” entre los estados miembros y contra terceros se delegan en la confederación.
- b) Para cumplir con los fines confederacionales se invoca a un congreso, legislatura o dieta, cuyos representantes poseen mandato imperativo, lo que significa que los representantes no pueden sino cumplir con las instrucciones del estado representados a diferencia del mandato representativo. Sus decisiones obligan a los estados miembros y requieren la aprobación legislativa local para obligar a los individuos de cada estado.
- c) La confederación puede ejecutar por sí sus decisiones incluso mediante coacción.

⁴⁷⁵ García Pelayo, Manuel “*Derecho Constitucional Comparado*” cit., págs. 206/208

⁴⁷⁶ García Pelayo, Manuel “*Derecho Constitucional Comparado*” cit., págs. 209/210

⁴⁷⁷ García Pelayo, Manuel “*Derecho Constitucional Comparado*” cit., págs. 210/213

⁴⁷⁸ García Pelayo, Manuel “*Derecho Constitucional Comparado*” cit., págs. 213/214

d) La intervención federal por parte de la confederación se admite cuando en el orden interno los estados se admitan o propicien actuaciones que contradicen la esencia o los fines de la confederación, como puede ser la afectación a la seguridad interna.

El estado federal hace su entrada con la Constitución norteamericana de 1787 que hizo posible convivir su estructura manteniendo estados individuales con sus competencias y atribuciones establecidas a favor de un estado central, generando las más diversas posturas en cuanto a su naturaleza jurídica⁴⁷⁹

Ese régimen consiste –en nuestro país - en que el Estado Nacional garantiza a las provincias sus propias instituciones, incluso su propia constitución siempre que ésta contemple -además del régimen republicano – la administración de justicia, la educación primaria y el régimen municipal (art. 5 Const. Nac.

Desde el año 1994, ese régimen municipal podrá ser autónomo conforme al alcance que en distintos aspectos establezca el poder constituyente local.

Dentro de esa autonomía provincial reconocida y garantizada por el Art. 5 de la Constitución Nacional se hallan una forma de reparto de competencias entre la Nación y las provincias que se dividen en delegadas y no delegadas en el texto constitucional de las provincias a la Nación, y en el último supuesto se entiende que fueron reservadas por las provincias para sí, en forma exclusiva y excluyente. De allí que se afirma el carácter local del Derecho Administrativo.

En tales condiciones se entiende que la facultad ha sido delegada por la provincia a la Nación en forma exclusiva y excluyente, o que del mismo modo (exclusivo y excluyente) se ha reservado la facultad para sí. Ello – claro está – que no se trate de facultades concurrentes entre la Nación y las provincias, en donde el propio texto constitucional las concibió como común a ambos órdenes.

En nuestro país, históricamente. el régimen de este estado federal tuvo reconocimiento primigenio como Confederación tanto en su designación bajo tal denominación y como así también en sus notas típicas de la esencia de tal enunciada párrafos más arriba y así lo demuestra, por ejemplo el Acta de la Sesión de la que Decide el

⁴⁷⁹ García Pelayo, Manuel “*Derecho Constitucional Comparado*” cit., pág. 215 y págs. 220/231.

Reconocimiento de la Asamblea Constituyente firmado en la Banda Oriental del 5 de abril de 1813, en que en su punto 3º expresamente se establece “*Se continuara suministrando de Buenos Aires los auxilios que sean posibles para el fin del asedio*” (se refiere al sitio de la Banda Oriental).

Por otra parte el artículo 6º “*Sera reconocida y garantida la Confederación defensiva y ofensiva de esta Banda con el resto de la Provincias Unidas, renunciando cualquiera de ellas la subrogación a que se ha dado lugar por la conducta del anterior Gobierno*”. El artículo siguiente se establece que la mencionada Confederación deja la Banda en la plena libertad que adquirió como provincia pero que quedará sujeta a la constitución que emane del Congreso General Constituyente, que deberá fundarse en la libertad⁴⁸⁰.

Por otra parte, el proyecto de constitución de carácter general para las Provincias Unidas de la América del Sud de 1813 denominó a la unión como Confederación por su artículo 1º. Por su artículo 2º cada provincia retenía su soberanía, libertad, independencia y todo poder jurisdicción y derecho que no es delegado por la Confederación a las Provincias Unidas en Congreso.

En consecuencia de esa libertad, celebran ese Tratado separadamente en una “firme liga de amistad con cada una de las otras para su defensa común, la seguridad de su libertad, y para su mutua y general felicidad”... “*obligándose (sic) a asistir a cada una de las otras contra toda violencia o ataques hechos sobre ellos, o sobre alguna de ellas por motivos de Religión, Soberanía, trafico o algún otro pretexto qualquiera que sèa (sic)*”.

El artículo 4º, establece el goce de la libertad por todos los habitantes de una provincia en otra, salvo los fugitivos que huyan de la justicia y consagra la libertad interprovincial de las personas y de los bienes salvo las restricciones que no afecten la propiedad.

Como se advierte en estos cuatro artículos se encuentran las notas típicas de la Confederación a las que cabe añadir la materia atinente a las relaciones exteriores. En este sentido ninguna provincia puede sin consentimiento del Congreso de las Provincias Unidas mandar o recibir embajadores o abrir embajadas ni entrar en conferencias, acuerdos o

⁴⁸⁰ Sampay, Arturo E. “*Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)*” ed. Eudeba, 1975, Tomo 1 y 2, Buenos Aires, pág. 163/164.

alianzas con Rey o Príncipe o estado, como así tampoco recibirá ningún título de ese estado extranjero.

En lo que se refiere al *ius belli* no se podía mantener ningún buque de guerra en tiempo de paz, salvo aquellos estimados necesarios para que las Provincias Unidas todas juntas en Congreso, decidan la defensa común (artículo 30), que correlativamente prohibía a la provincia a empeñarse en alguna guerra sin el consentimiento de las Provincias Unidas⁴⁸¹.

El resto del articulado regulaba otros aspectos de ese federalismo. También en 1813 la Sociedad Patriótica presentó su propio proyecto de constitución.

Durante aquellos años se elaboraron varios proyectos de constitución de tinte federal. Además se presentó también el que procuraba una monarquía propiciada tanto por Bernardino Rivadavia como por Manuel Belgrano en 1815, y la Constitución de 1819 que era unitaria. Por ello, creo conveniente examinar algunos pactos posteriores que a mi juicio reflejarían algunas tipicidades de la Confederación desarrolladas más arriba.

Por ello, voy a analizar seguidamente el Tratado de Pilar del 23 de febrero de 1820, luego del amnistio celebrado en Lujan el día 21 de febrero.

El Tratado de Pilar, reconoce que tanto las provincias que lo suscriben (la de Buenos Aires, la de Santa Fe y la de Entre Ríos representadas por Manuel de Sarratea, Estanislao Lopez y Francisco Ramirez) reconocen su vocación por una Federación, pero que ella debe ser decidida por los pueblos previa deliberación a través de sus representantes a reunirse en una Convención en San Lorenzo en la Provincia de Santa Fe (art. 1º).

En el artículo II, las representantes allanan todos los obstáculos que entorpecían la amistad y armonía entre las provincias y que dieron lugar a la guerra cruel y sangrienta y que deciden poner fin y que las tropas beligerantes se retiren a sus respectivas provincias.

Por el artículo III, los otros gobiernos recuerdan a la provincia de Buenos Aires como cuna de libertad a la nación y la situación difícil y peligrosa al que se encuentran reducidos los pueblos hermanos con la amenaza de invasión de la fuerza extranjera, y los

⁴⁸¹ Sampay, Arturo E. “*Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)*” ed. Eudeba, 1975, Tomo 1 y 2, Buenos Aires, pág. 177.

sacrificios que les costará para resistir a un ejército imponente careciendo de recursos para ello.

El artículo IV, consagra la libre navegación de los buques de las provincias amigas quedando cualquier modificación reservada al Congreso.

El artículo V, establece la posibilidad de retornar a sus respectivas provincias a los individuos que hayan huido de las suyas, para ampararse en la de Buenos Aires por opiniones políticas, debiéndoseles reponer sus bienes aun cuando hayan tomado las armas contra su provincia y viceversa.

El capítulo VI, regula el deslinde territorial, el artículo VII se refería a la justificación a la guerra contra la provincia de Buenos Aires hacia fines de 1819. Por su parte el artículo VIII consagra el libre comercio de armas y municiones de guerra de las provincias federadas. En el IX se establece la libertad de los prisioneros de guerra de todas las partes beligerantes y su restitución a las provincias.

El capítulo X, asegura que el texto del Tratado es consistente con las instrucciones dadas por el Capitán General de la Banda Oriental Don Jose Artigas, a quien vaticinan una incorporación a la Federación. El artículo XI, solo se refiere a como se ejecutará el Tratado en forma progresiva por parte de las tropas de la Provincia de Buenos Aires.

Como se advierte, se trata de un Tratado de Paz con intenciones de sancionar una futura constitución federal, pero que no contiene ningún rasgo de una Confederación y menos de un estado federal.

En otro orden de ideas, el Tratado del Cuadrilátero, se celebra entre el 15 y el 25 de enero de 1822, y que posee una parte pública y un tratado secreto. La parte pública, luego de nombrar a los representantes de las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, se acuerda en el punto 1º que queda sancionada una paz firme, verdadera amistad y unión permanente entre las cuatro provincias contratantes que deben guardarse entre sí recíprocamente la libertad, independencia, representación y derechos, sin que la celebración del Tratado pueda tenerse por renunciado ninguno de ellos.

El punto 2º, afirma que si cualquier poder extranjero invadiese o comprometiese la integridad del territorio, todas las provincias pondrán en ejercicio su poder y recursos contra el gobierno agresor, como así también, por el punto 3º comprometen la

unión en caso de conflicto entre las provincias y con relación a los límites entre las de Entre Ríos y Corrientes se definen los provisorios.

Por el punto 4º, ese deber de unión se hace extensivo contra todo poder de un gobierno americano. En tanto, si la provincia invadida hubiese dado mérito para esa invasión a juicio de las otras tres, ellas interpondrán su mediación y evitarán la guerra y la firmante del Tratado, estará obligada a dar satisfacción necesaria y de lo contrario no recibirá el apoyo común. Si luego de una mediación la invasora insistiese las otras provincias acudirán en su ayuda (punto 5º).

En el punto 6º, las provincias contratantes, renuncian a la guerra contra otra provincia de la Nación, debiendo ocurrir a las otras tres. En el punto 7º, la provincia de Buenos Aires se obliga a facilitar armamento, municiones y artículos de guerra a la provincia que lo necesite y pida, debiendo esta última reconocerse por su pago en especie en el modo y tiempo en que acordase. Por el artículo 8º, consagran la libertad de comercio entre ellas y también con distintos destinos, combatiendo el contrabando. Además, por el punto 9º, la provincia de Buenos Aires, da por condonados los cargos que pudieran reclamar por los gastos que le causaran los pasados gobiernos de las provincias de Entre Ríos y de Corrientes. Por otro lado, la provincia de Entre Ríos devolverá a la de Corrientes todas las propiedades de ésta, tomadas por el Gobernador de Entre Ríos, restituyendo a todas las personas tomadas como prisioneros en Corrientes (punto 11º).

Asimismo se concierta que los desertores de una provincia serán devueltos cuando sean reclamados. Finalmente, se regula la no concurrencia de las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes al congreso a celebrarse en Córdoba por falta de fondos y si hubiese que tomar una decisión trascendente, serían avisados por la de Buenos Aires, que si concurriría⁴⁸².

En rigor de verdad, el Tratado del Cuadrilátero contiene los puntos típicos de la Confederación en lo que se refiere a un tratado de amistad y unión para la seguridad y para la defensa común y como se van a defender la “Confederación” frente a un ataque exterior y como renuncian a resolver los conflictos entre sí mediante el uso de las hostilidades

⁴⁸² Sampay, Arturo E. *“Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)”* ed. Eudeba, 1975, Tomo 1 y 2, Buenos Aires, pág. 297 y sigs.

Ese mismo día, como dije, se celebró un convenio secreto en donde Entre Ríos y Corrientes saldaron sus cuestiones vinculadas con las devastaciones que provocó el Gobernador de Entre Ríos.

Luego de ello, podemos señalar la Constitución de 1826, que nuevamente se trata de una constitución unitaria y pasamos a examinar la del llamado Pacto Federal o Pacto de la Confederación Argentina, del 4 de enero de 1831⁴⁸³.

En este Pacto, las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe convienen que ellas ratifican y declaran en vigor todos los tratados anteriores celebrados entre si, en cuanto estipulan una paz firme, amistad y unión estrecha y permanente, reconociendo recíprocamente su libertad, independencia, representación y derechos.

Por su artículo 2º, reiteran el deber conjunto de resistir cualquier invasión extranjera que se intente contra cualquiera de las tres provincias. En el artículo 3º, constituyen una alianza ofensiva y defensiva contra toda agresión de cualquier otra provincia que amenace la integridad e independencia de sus respectivos territorios. En el artículo siguiente, se comprometen a no recibir o hacer proposición de celebrar tratado con ninguna otra provincia ni gobierno extranjero, sin previo conocimiento de las demás provincias que forman la Federación.

Por el artículo 5º, se obligan a rehusar su consentimiento frente al pedido de la realización de la celebración de un tratado por parte de otra provincia con una potencia extranjera, salvo que afecte los intereses de ella o de la Republica. También se regulan todas las notas típicas de la Confederación, como la no tolerancia que en su territorio se ofenda a cualquier gobierno de otra provincia (art. 6º); o a dar asilo a ningún criminal que huya de otra por delitos y aprehenderlo (art. 7º); la libertad de circulación y de comercio para sí y sus buques y efectos (arts. 8º y 9º). Se consagra la igualdad de toda gracia o privilegio, incluso político de una provincia aún como exigencia a los nacidos en otra (arts. 10º y 11º).

En el mismo Pacto Federal, se admiten nuevos suscriptores con el consentimiento de los demás (art 12º). En caso de ataque exterior, las provincias que acuden como “Provincias auxiliares” estarán bien vestidas, armadas y municionadas, con sus

⁴⁸³ Sampay, Arturo E *“Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)”* ed. Eudeba, 1975, Tomo 1 y 2, Buenos Aires, pág. 327.

respectivos jefes y oficiales y en cada caso, se acordará el dinero con el que debe contribuir cada provincia, las que deberán obrar con sujeción al gobierno de la invadida mientras permanezca la invasión (at. 14º), y se regula una comisión especial que lo hará con tres diputados en la Provincia de Santa Fe (art. 15º), cuyas atribuciones son las de: primero: celebrar tratados de paz en nombre de las tres provincias y someterlos a su ratificación, segundo: declarar la guerra contra cualquier otra a nombre de las tres provincias, tercero: ordenar la leva del ejército en caso de guerra y nombrar general que deba mandarlo, cuarto: determinar el contingente que deba aportar cada provincia. Luego se invita a la provincia de Corrientes a aceptar el Pacto.

El Pacto Federal de 1831, fue suscripto entre 1831 y 1832, por las provincias de: Mendoza el 9 de agosto de 1831; Corrientes el 19 de agosto de 1831; Córdoba el 20 de agosto de 1831; La Rioja el 12 de octubre de 1831; Tucumán el 8 de julio de 1832; San Juan en mayo de 1832; San Luis el 13 de abril de 1832; Salta el 4 de julio de 1832 y Catamarca el 3 de septiembre de 1832⁴⁸⁴.

Entre los documentos preconstitucionales, resulta sumamente importante la lectura del Protocolo de Palermo del 6 de abril de 1852, donde relata otra serie de antecedentes además de los mencionados precedentemente donde quedan visualizadas las notas típicas de la confederación que las provincias fueron depositando en una autoridad de esa confederación y como se fue construyendo a través de la *Liga Federal* (Liga Litoral), el otorgamiento de las facultades que corresponden a las llamadas relaciones exteriores, y celebran ese protocolo como una antesala a lo que terminó siendo primero el acuerdo de San Nicolás y luego el Congreso Constituyente de Santa Fe en 1853.

En lo atinente al Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos celebrado el día 31 de mayo de 1852, el que se considera al Pacto Federal de 1831, como una ley fundamental de la Republica y consideran que ha llegado el momento de arreglar por medio de un Congreso General Federativo, la administración general del país.

Luego señala en su distinto articulado las libertades básicas de comercio y de libre circulación, y de qué modo se instalará un congreso general constituyente y se elegirán

⁴⁸⁴ Sampay, Arturo E “*Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)*” ed. Eudeba, 1975, Tomo 1 y 2, Buenos Aires, pág. 330.

los diputados que habrán de formarlo. Se aclara expresamente en el punto 6º, que los diputados tendrán mandato representativo y no imperativo, lo que nos indica la intención de formar un estado federal y no una confederación, pues como se mencionó en las notas típicas de ésta, se encuentra que sus diputados requieren mandato imperativo.

El art. 8º, nos da una idea que hasta el momento de la sanción de la constitución la provincia podía retirar a los diputados, lo que da la idea que hasta entonces la organización era una confederación que daba derecho al derecho de secesión que no se admite en el estado federal, como lo señalé en las notas típicas más arriba indicadas. Se mantiene por el artículo 9º, un encargado de las relaciones exteriores que a su vez será el presidente del congreso y asegurara la libertad de las discusiones y dispondrá de los fondos necesarios para su celebración en la ciudad de Santa Fe. Aprobada la Constitución, se le comunicará al encargado de las relaciones exteriores, quien la promulgará como la ley fundamental de la Nación, y estará encargado de hacerla cumplir y observar (ver arts. 10 a 12).

En el punto 13, todos los representantes que suscriben el Acuerdo de San Nicolás se comprometen a mantener la paz y la concordia entre los ciudadanos, sofocando desordenes y discordias, incluso sublevaciones dentro de ella, quedando autorizado el encargado de relaciones exteriores a emplear todas las medidas para restablecer la paz, entre ellas las propias previstas en el Pacto Federal de 1831. Se designa encargado de relaciones exteriores al General Don Justo Jose de Urquiza.

Luego de ello, se llega a la Constitución de 1853 que mas allá de su designación como Confederación Argentina regula, propiamente un Estado Federal.

1.2. Acerca de la llamada mundialización del derecho administrativo.

No voy a abarcar demasiado espacio en el análisis de esta cuestión, sino que quiero significar que es muy común escuchar en los últimos tiempos que se pregona la existencia de cierta mundialización del derecho administrativo, o se predica que algunas

instituciones tendrían una naturaleza global. Pero sin embargo las razones que se expresan, en lo personal, no me convencen, por cuanto para poder sostener esa afirmación deberían aplicarse reglas globales, en el sentido que esas reglas fuesen de aplicación en un número significativo de naciones del orbe.

En este sentido, encuentro solamente que esas reglas deben tener como fuente el derecho internacional público, toda vez que deben provenir de un tratado internacional que obligue a varias personas públicas internacionales a que se les apliquen en sus respectivos territorios. En este sentido, tengo para mí, que solamente contienen esa característica las Normas que emite el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (más conocido como Banco Mundial) que son de aplicación para todas las contrataciones que se financian con préstamos acordados a los estados prestatarios, como así también a las convenciones internacionales contra la corrupción en especial la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Adviértase que menciono estas dos, aun cuando hay normas similares a las del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en adelante BIRF o Banco Mundial) - que de hecho hoy son las mismas - a las que aplica el Banco Interamericano de Desarrollo, pero que si bien tienen un sabor a internacional no se aplican a un número significativo de países sino sólo a una región. En el mismo sentido la Convención Interamericana Contra la Corrupción se aplica a los países que la suscribieron y aprobaron, pero sin embargo su texto posee la misma limitación.

Otro grupo de normas que se aplica efectivamente en distintos países pero limitados a una región son aquellas que se refieren a sistemas de integración, las normas de la Unión Europea son de aplicación obligatoria a los países de esa región pero no exceden, por vía de principio, ese territorio integrado.

Por esa razón no voy a incluir dentro de este “concepto de mundialización” un poco reducido, solamente a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y las Normas del BIRF sobre contrataciones financiadas por ese organismo multilateral.

Permítanme ser auto contradictorio para plantear seguidamente los principios en los que se sustenta la obligatoriedad de las contrataciones celebradas con

préstamos financiados por el Banco Mundial, para luego pasar a analizar la aplicación concreta de la aplicación de las Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Esta última no será parte de lo que considero el derecho administrativo global, pero sí se aplica a nuestro país por haber suscripto ambas Convenciones.

1.3. De los contratos administrativos financiados con créditos otorgados por el Banco Mundial.

Los organismos multilaterales de crédito como el BIRF son sujetos de derecho internacional, que nacen como producto de la agrupación de estados que se asocian y crean, a través de la suscripción de un tratado internacional, como es su Convenio Constitutivo que crea un ente con personalidad jurídica propia y diferenciada de los miembros que la componen.

Ese Tratado Constitutivo pasa a ser una suerte de “constitución” o “ley básica” del nuevo sujeto que debe ser observada por los estados miembros. Además, éstos últimos deben dar cumplimiento a las normas o reglamento que los órganos internos emitan en virtud de las atribuciones conferidas en el Tratado Constitutivo. Dentro de ellas se encuentran las denominadas Normas en las cuales se regula el régimen a que deben someterse las contrataciones financiadas por el Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento⁴⁸⁵.

El BIRF está sometido a las normas del derecho internacional en general y a las prescripciones del Tratado Constitutivo en particular y cuando asiste financieramente a un estado prestatario, están establecidas entre las condiciones que se van a imponer las mencionadas normas que integran el Tratado Constitutivo, por estar establecidas en reglamentos derivados de él. Esta facultad de dictar sus propias normas fue

⁴⁸⁵ Halperin, David Andres y Salcedo, Norma Nydia *“Contrataciones Públicas Financiadas por Organismos Multilaterales de Crédito: La licitación pública internacional como procedimiento prevalente”* en Revista de Derecho Público, Año 2006-2, págs. 61 y sigs. Especialmente págs. 64/65.

convalidada por la Republica Argentina cuando ratificó el Tratado Constitutivo del BIRF mediante el Decreto-Ley Nº 15.970/56. En cada convenio de préstamo que celebra la Republica con el BIRF, se instituye la aplicación de las normas y procedimientos que ha aprobado el BIRF, que conforman –como dije- el Convenio Constitutivo.

Cada convenio de préstamo posee dos grupos de disposiciones contractuales, uno de ellos está conformado por las condiciones financieras y el otro está constituido por la enunciación precisa de las normas a aplicar, como así también las disposiciones para poder aplicar el objeto del contrato, esto es implementar el proyecto de inversión. Ese convenio se trata de un mutuo aprobado por un decreto del Poder Ejecutivo, esto es un Tratado Internacional regido por la Convención de Viena de 1986 y la facultad del Poder Ejecutivo encuentra sustento en el artículo 48 de la Ley Nº 16.432.

Por otro lado, el artículo 60 “in fine” de la Ley Nº 24.156, exime al Poder Ejecutivo de obtener la aprobación del endeudamiento, si se trata de operaciones que formalice con organismos multilaterales de crédito.

Aclarada cual es el origen de estas normas del Banco Mundial, paso a analizar el tema central que nos convoca que es el régimen de las Convenciones de las Naciones Unidas y de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

2. La Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Durante la década del 90 del siglo pasado se sancionó en Caracas la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que al decir de Gordillo⁴⁸⁶ importó un corte transversal en todo el derecho administrativo pues entre sus disposiciones y las medidas preventivas que ya alentaba a los estados que la suscribieron y aprobaran, importaban unas modificaciones trascendentes en diversas instituciones de nuestra materia.

Ahora me voy a referir exclusivamente a las vinculadas a la contratación pública sin antes examinar algunos aspectos trascendentes de la Convención en sí misma. Siguiendo este último autor debo señalar que las proposiciones jurídicas de la

⁴⁸⁶ Gordillo, Agustin, Diario La Ley de fecha 01/09/1997.

Convención poseen operatividad y no requieren de ninguna norma de derecho interno que las incorpore para su aplicación así como acaece con la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸⁷.

En un principio, ni bien se aprobó la Convención allá por 1996 y fue ratificada por la Republica Argentina mediante la Ley Nº 24.759 prontamente se examinó si en nuestro país y vino a zanjar un viejo debate acerca de la necesidad de licitación pública en la contratación administrativa. Esto es, si la necesidad de un proceso de selección era una exigencia del orden jurídico o si por el contrario prevalecía el principio de libertad de formas como lo prevé el inciso b) del art. 7 de la Ley (dec) Nº 19.549. Cuadra recordar que la propio Corte Suprema de Justicia de la Nación, había señalado en el Fallo “Meridiano S.A. c/Administración General de Puertos S.E” el criterio que no era exigible el procedimiento de licitación pública como principio general en la contratación.

Claramente y como analizaremos seguidamente el art. III. 5 exige a la publicidad como un requisito propio en la contratación pública y debido al carácter supranacional de esta exigencia normativa había torcido en forma definitiva la balanza a favor de quienes predicaban que toda contratación fuese precedida por un procedimiento de selección del contratista. Tan es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que el contrato que transgrede la normativa que exige tal procedimiento, es inexistente.⁴⁸⁸

Claro está que esas eran las primeras aplicaciones de los principios que devenían de la medida preventiva prevista en la Convención, pero desde ya que las exigencias de esta última son mucho más profundas y sustanciosas que aquellas primeras conclusiones que se fueron elucubrando para poner fin a antiguas dudas que separaron a los juristas vernáculos.

Debo aclarar una circunstancia muy especial. En la difusión de la Convención Interamericana contra la Corrupción tuvo una intervención muy especial el

⁴⁸⁷ Gordillo, Agustín *“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”*, ed. F.D.A, Buenos Aires, 2017, Tomo I, Cap. VI, Pág. 27.

⁴⁸⁸ Canda, Fabián O. *“El elemento forma en el contrato administrativo”* en AAVV dirigida por Juan Carlos Cassagne *“Tratado general de los contratos públicos”* Ed. La Ley, Tomo II, págs. 1262 y sigs. en especial pág. 1273 y sigs.

Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en razón la participación de uno de sus vicepresidentes en propiciar una comisión de seguimiento de la Comisión conformada por distintas instituciones de la sociedad civil donde intervinieron diversos colegios profesionales asociaciones de empresarios, entre otros interesados, y que contó con la coordinación de la cancillería. Como sucede en nuestra querida República las buenas ideas muchas veces se extinguen por una indebida falta de interés en varias protagonistas.

El art. III de la Convención regula lo que denomina las “Medidas preventivas” que son aquellas que los estados parte convienen en considerar su aplicación dentro de sus propios sistemas institucionales y que están destinadas a crear, y fortalecer: *“....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.”*

Adviertan uds. que conforme a esta Convención, la República Argentina trasgrede sus términos pues permanentemente procura esquivar la designación de funcionarios públicos sin el régimen de concursos para hacer efectivo el deber impuesto por el artículo 16 de la Constitución Nacional de la idoneidad en su designación.

Al margen de ello debo señalar que salvo pocas excepciones desde fines de 1960 y principios de 1970 se evitaron las designaciones mediante concursos y ellos se convocaron no necesariamente en todos los casos. Por ello nuestra Administración Pública debe de una vez por todas someterse a derecho y dejar el viejo sistema conocido en Estados Unidos como el “spoilt system” que consistía en que el partido que ganara designaba a sus amigos sin garantizar a los desplazados la estabilidad en el empleo. Lo más grave es que nosotros en nuestra organización conservamos a casi todos los que se designan sin concurso mediante contrato en condiciones indignas de labor, al menos en la Administración Pública Nacional.

Volviendo al principio de la publicidad puede considerarse que dentro de él están implícitamente incluidos los principios de que acompañaron a él en forma tradicional en la contratación pública por parte de la doctrina argentina como son los

principios de igualdad y de concurrencia⁴⁸⁹. A esos tres principios más modernamente se agrega también el principio de transparencia, respecto del cual hay autores que han predicado que subsume el contenido de los tres principios constitucionales que he mencionado⁴⁹⁰.

La publicidad comprende tanto el conocimiento público de la convocatoria en sí misma a la contratación por parte del órgano o del ente que formula el llamado con la difusión que como mínimo realice a través de los medios que legal o reglamentariamente se establezcan, sino que se habrá de permitir un leal conocimiento de las actuaciones por parte de todo aquel que posea un interés jurídicamente protegido en el resultado del proceso de selección, el que podrá obtener copia de las actuaciones durante todo el procedimiento.

Tal leal acceso comprende la limitación que conlleva la tarea de los órganos administrativos propios de la evaluación, periodo durante el cual esas actuaciones se van a mantener reservadas y destinadas solamente a los órganos que intervienen en dicha evaluación, para el resto de los terceros ajenos a la administración el acceso es restringido.

Todos los poderes jurídicos que he enumerado en los dos párrafos que preceden integran, además, el derecho a ser oído y por ende cualquier exceso en la limitación que he señalado se entenderá como una actitud o decisión si se plasma en un acto administrativo contraria al derecho a ser oído y que -por ende- afecta la garantía de defensa, por ello impugnable a través de una acción de amparo para lograr la rápida restitución de la legalidad.

Además, la publicidad puede asociarse con la transparencia en cuanto sería deseable que las ofertas fuesen publicadas en las páginas web de los organismos, al igual que las adjudicaciones de los procedimientos de selección. Un gobierno abierto que publica íntegramente los resultados de la selección aleja las sensaciones de dudas y los temores de corrupción.

⁴⁸⁹ Marienhoff, Miguel S. *“Tratado de Derecho Administrativo”*., Ed. Abeledo Perrot, 1969. Tomo II- A, pág. 302 y sigs.

⁴⁹⁰ Comadira, Julio R. *“La Licitación Publica”*, ed. Depalma, 1999, pág. 43.

La exigencia en el punto 5 del artículo III de la equidad nos pone de lleno en una concepción acerca de la legitimidad muy precisa, pues la decisión de la adjudicación necesariamente no va a ser solo sujeta a derecho, sino también equitativa. La “oferta más conveniente”, tendrá como requisito la necesidad de que esa decisión sea equitativa. Me adelanto a analizar algunas exigencias de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para señalar cuán lejos estamos de las antiguas afirmaciones cuando se sostenía que cuando el criterio para adjudicar era el de la oferta de menor precio, el operador jurídico se hallaba frente a una facultad reglada, y por el contrario cuando se encontraba en presencia de la locución “oferta más conveniente” estaba frente a una facultad discrecional.

En ese orden de ideas, muchos autores dudaban de la opinión del Dr. Beltrán Gambier⁴⁹¹ cuando sostenía que en rigor la mentada locución “oferta más conveniente”, se trataba en rigor de un “concepto jurídico indeterminado”. La aplicación de la noción de equidad dentro de la Convención Interamericana nos lleva a alejarnos un poco más de la idea de que la afirmación de “oferta más conveniente” se trate en definitiva de una facultad discrecional. De todos modos volveré a tratar el tema al examinar la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Por último, la Convención Interamericana exige como criterio jurídico el de eficiencia de la contratación. Por eficiencia se entiende “*capacidad para disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado*”. Vale decir que el bien o servicio u obra que se contrata debe cumplir satisfactoriamente determinado fin para producir el efecto deseado. El no cumplimiento del objeto o fin deseado resultaría pues, una ilicitud que podría afectar el proceso de selección. Esto significa que si el procedimiento de selección no es eficiente el no sería válido.

En este sentido se debe ser sumamente cauteloso con la imputación tanto de la decisión de declarar la invalidez de la contratación como la consecuente atribución de responsabilidad a aquellos responsables de su conducción. En efecto, la responsabilidad no puede resultar en modo alguno efectiva, esto es, no se puede

⁴⁹¹ Gambier, Beltrán “*El concepto de oferta más conveniente en el procedimiento licitatorio público (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)*”, ed. La Ley, Tomo 1998-D.

sostener en momento alguno que por las circunstancias que no la contratación, no resulte eficiente, no se logre el fin propuesto, sin más la contratación se encuentra afectada de invalidez, cual si fuese una responsabilidad objetiva.

Todo dependerá de la complejidad de la contratación en sí misma, de la habitualidad de la obtención de los bienes por la Administración pública, además dependerá si se trata de elementos “standard” o si se trata de una obra de alta investigación tecnológica. En todo caso, en este grupo de contrataciones más complejas se habrá de aplicar como criterio el antiguo 902 del Código Civil, actual 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación, esto es, que cuando mayor es el deber de obrar con el pleno conocimiento de las cosas mayores serán las consecuencias de ese obrar.

3. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Esta Convención fue aprobada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, y fue aprobada mediante la Ley Nº 26.097 en el año 2006.

Su artículo 9 regula tanto la contratación pública como así también la gestión de la hacienda pública en sendos incisos. En el inciso 9.1. establece que cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico debe adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas de contratación pública basados en la transparencia, la competencia, criterios objetivos de adopción de decisiones que a su vez sean eficaces para prevenir la corrupción. Estos sistemas pueden tener valores mínimos y entre otras cosas deben comprender:

“a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente oportuna sobre adjudicación de contratos a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar ofertas.”

3.1. En la introducción del punto 9.1 la Convención de las Naciones Unidas en forma muy clara exige como principio la transparencia y la competencia.

Esto es el empleo de procedimientos de selección como principio, también exige criterios objetivos para la toma de decisiones que resulten eficaces para prevenir la corrupción. Esos requisitos que allí establecen importan la necesidad de un proceso de selección leal y equitativo, que garantice la igualdad entre los proponentes y que asegure al mejor oferente la contratación que se merece.

Dentro del concepto de transparencia se encuentran involucrados otros que de él derivan como ser, la necesaria congruencia entre el pliego, la oferta, la adjudicación y el contrato⁴⁹²; sin que ninguno de esos instrumentos contractuales puede poseer diferencias sustanciales entre ellas ni formales que afecten la sustancia. A la vez que, como ha ya señalado más arriba involucra todos los principios de la licitación pública al que se ha venido refiriendo históricamente la doctrina general.

Un segundo aspecto que nos mueve a la reflexión es que se predica la necesidad de prever criterios objetivos para la adopción de decisiones dentro del procedimiento de selección. Este aspecto se vincula con lo que mencionábamos respecto de la Convención Interamericana Contra la Corrupción en cuanto a la noción de equidad, como modo de restringir la facultad discrecional.

Nuevamente la exigencia de criterios objetivos importan una restricción casi absoluta de la discrecionalidad, pues tal indicación objetiva viene a prohibir la estimulación de la voluntad de los órganos que evalúan las propuestas, y para ello deben ceñirse al criterio objetivo indicado por los documentos contractuales y así reducir al máximo la discrecionalidad y de tal modo lograr la interdicción de toda arbitrariedad.

Cuadra agregar que esta discrecionalidad se encuentra especialmente en los sistemas de contratación de etapa múltiple, o doble sobre también conocidos como de concurso-subasta. En estos procedimientos se definen claramente la presencia de dos procesos íntimamente vinculados o calificados como un procedimiento complejo que posee dos etapas.

⁴⁹² Entre nosotros esta exigencia está reconocida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la causa “*S.A Empresa Constructora F.H.Schmidt c/ Provincia de Mendoza s/ cobro de pesos*” (Fallos 179:249) de 1937.

La primera etapa o procedimiento, como se desee calificar, se trata de un concurso y su finalidad es la de seleccionar al oferente que posea los antecedentes apropiados para la contratación de la que se trata y se vincula más con lograr la eficiencia en la contratación. Se supone que se va a elegir a aquellos que por su experiencia y su capacidad técnica van a poder lograr mejor la finalidad buscada. Claro está que toda valoración puede tener un alto grado de discrecionalidad y la función de objetivar las puntuaciones precisamente se vinculan con procurar, restringir, sino eliminar la discrecionalidad acordando puntajes a los antecedentes que se puedan invocar.

La segunda etapa o procedimiento se refería a la propuesta económica, en la que el ganador generalmente es el que proponga la mejor oferta en términos económicos. El problema se produce cuando se ponderan los resultados de los dos procedimientos. Otrora cuando no existían criterios como los que establecen las Convenciones en la actualidad, una atribución de puntaje demasiado flexible podía torcer el resultado e incluso hacer variar el triunfo de la contratación a aquella oferta que no necesariamente fuese la de menor precio.

Para ello, se solía atribuir una ponderación mayor a los antecedentes que al precio y cada punto de antecedente requería una cantidad menor de precio para compensar alguna diferencia atribuida en forma irregular.

En el subpunto a) en el artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas, se establece una exigencia que es de lo mas atendible que es la fijación de un plazo razonable entre el momento en que se conoce la licitación y el momento en que debe presentar la oferta, toda vez que, si ese plazo es exiguo es porque alguno ha tenido un conocimiento indebido anterior del contenido del pliego y era habitualmente para la doctrina un vicio del procedimiento de selección⁴⁹³.

3.2. El punto b) del artículo 9 exige *“la formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de*

⁴⁹³ Ver Mairal, Héctor A. *“La licitación pública. La igualdad jurídica de los oferentes”* Buenos Aires, ed. Depalma, 1975, págs. 29/30

licitación así como su publicación”. Claramente la inclusión de lo que llama “condiciones de participación” esto es quienes son elegibles, está indicando que sujetos activos se pueden presentar al llamado a licitación y cuáles van a ser los criterios de selección para resultar adjudicados, lo que llama criterios de selección y adjudicación. Nuevamente esta es una expresión de transparencia pues requiere la explicitación pública previa de esos criterios en los pliegos del llamado sin cuya expresión ese llamado carecerá de validez. Agrega para abundar que deberán precisarse las reglas de licitación y exige la publicación de todas esas exigencias como requisito ineludible.

3.3. El inciso c) del artículo 9, prescribe *“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”*

Nuevamente se precisa la necesidad de fundar los criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones en esta materia para su posterior verificación y por ende la correcta aplicación de sus reglas y los procedimientos de ellas derivados. La vocación de restringir la discrecionalidad se vuelca en casi todos los incisos del artículo 9 y la necesidad de control en el proceso de selección se expresa en este inciso por primera vez lo que es connatural a la exigencia que se ha formulado y se vincula íntimamente con el inciso siguiente.

3.4. El inciso d) del artículo 9 expresa *“un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo.”* En este inciso en particular se refiere a las dos clases del control, el control administrativo a través de un órgano que tenga esa función y por el otro lado, control administrativo que resuelva los recursos que un eventual afectado o particular que se considere afectado pueda llegar a deducir contra la decisiones, esto es el acto administrativo que restrinja -a su juicio ilegítimamente- los derechos que entiende que le corresponden.

En este sentido la Convención está pensando en la necesidad de un procedimiento en el cual la autoridad que emitió la decisión no sea la misma que va a resolver el recurso que interponga el particular, sino uno superior toda vez que emplea el término “apelación”, lo que equivale a exigir que quien revise ostente una jerarquía superior.

3.5 Finalmente, el inciso e) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción establece *“cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas licitaciones públicas, procesos de licitación y requisitos de capacitación.”*

Esta medida preventiva trata de prever los posibles conflictos de intereses entre los funcionarios y situaciones fácticas que pueden advertirse como e las mas variable índole. Alguna puede resulta como ocurre con la ley de ética pública que obliga a determinados funcionarios del área reconstrucciones como los integrantes de las comisiones evaluadoras a presentar sus declaraciones juradas, otras pueden tratarse de presentar o denunciar vinculaciones o relaciones con determinados funcionarios por parte de algún oferente.

En este orden de ideas el Decreto N° 202 de fecha 21 de marzo de 2017, prevé que toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública, que se lleve a cabo por cualquier organismo del Sector Publico Nacional deberá presentar una “Declaración Jurada de Intereses” en la que debe declarar si se encuentra o no vinculada respecto del Presidente o Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y Ministros y demás autoridades de igual rango aunque no tuviera competencia cuando se encontrasen vinculados por parentesco o consanguinidad hasta el cuarto grado y segundo de afinidad; sociedad o comunidad; pleito pendiente; ser deudor o acreedor; haber recibido beneficios de importancia; merecer amistad publica que se manifieste por gran familiaridad y frecuencia en el trato. También menciona las relaciones en caso de una persona jurídica y los representantes legales de esas personas jurídicas con alguno de los funcionarios mencionados.

Por cierto, que si existe relación de tal grado con el funcionario competente existirá la obligación de denunciarla (ver artículo 2º).

El art. 3º del decreto de referencia obliga a poner en conocimiento la relación existente al momento de inscribirse en el registro de proveedores estatales que corresponda. La disposición con posterioridad cuando encuentra al sujeto comprendido en alguna de esas circunstancias otorga la posibilidad de distintas soluciones tal como de la Sindicatura General de la Nación, audiencias publicas, etc.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PERSPECTIVAS FRENTE A LA NUEVA LEY NACIONAL

Ana Cristina Logar

1. Derecho de acceso a la información pública. Dimensión y alcance

La publicidad de los actos del poder –sostiene Bobbio–, representa el auténtico momento de cambio en la transformación del Estado moderno de Estado absoluto en Estado de Derecho. El filósofo italiano caracteriza al gobierno de la democracia, como un gobierno del poder público en público: un poder publicitado, abierto, a la luz del día y de la verdad⁴⁹⁴.

La Asamblea General de la OEA reconoce al derecho de acceso a la información como “un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”; se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos⁴⁹⁵.

A través de la sentencia recaída en el caso “Claude Reyes vs. Chile”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convirtió en el primer tribunal internacional en reconocer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental, protegido por el artículo 13 de la Convención Americana.

En tal sentido, el Tribunal supranacional señaló que el referido precepto, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a acceder a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el estricto régimen de restricciones establecido en dicho instrumento⁴⁹⁶. Así la Corte IDH, ha desprendido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, el derecho al acceso a la información.

Este derecho humano fundamental constituye una herramienta esencial para el control ciudadano del funcionamiento del Estado y la prevención de la corrupción, flagelo que se ha convertido en una fuente de descontento social e inestabilidad global⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Bobbio, Roberto, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 1996.

⁴⁹⁵ Asamblea General de la OEA. Resolución 1932 (XXXIII-O/03), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, 10 de junio de 2003.

⁴⁹⁶ Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Sentencia de 19 de setiembre de 2006. Serie C n° 151. Parrs. 76 y 78.

⁴⁹⁷ Rodríguez Yebra, Martín, *Corrupción. Una nueva fuente de inestabilidad global*, Diario La Nación, 12-2-2017. Sostiene el autor que en la “era de la posverdad”, el rechazo a la corrupción se afianza como un valor sólido en

En el marco del Sistema Interamericano, durante la última década, un número significativo de países de la región ha aprobado leyes en materia de acceso a la información pública o reformas de la legislación existente para tutelar este derecho⁴⁹⁸. En tal contexto, en el Congreso Nacional de la República Argentina, se debatieron numerosos proyectos de ley de acceso a la información pública que fracasaron, no obstante contar con la adhesión de diversas organizaciones de la sociedad civil⁴⁹⁹.

Sin embargo, durante el mismo período se constatan avances en la regulación normativa del derecho de acceso a la información en el ámbito provincial⁵⁰⁰ y municipal⁵⁰¹,

las sociedades democráticas, como lo prueban los reportes periódicos de organizaciones como Transparencia Internacional. Señala que las revelaciones de casos de corrupción han generado protestas sociales y hacen peligrar a líderes de diversos países (Brasil, Rumania, Corea del Sur, Francia, Italia).

⁴⁹⁸ CIDH, Informe Anual 2014. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento). OEA. Marzo de 2015.

⁴⁹⁹ Conf. “Informe Conjunto sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública en la República Argentina”, de abril de 2012, elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y Article XIX con la colaboración de Foro de Periodismo Argentino (FOPEA), Fundación Mujeres en Igualdad, Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), CIPPEC, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Fundación Directorio Legislativo, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).

⁵⁰⁰ Provincia Bs. As. (ley 12.475 y dto. 2549/04); CABA (ley 104); Río Negro (ley 1829); Chubut (Digesto Jurídico Ley I-N° 156); Jujuy (ley 4444); Córdoba (ley 8803); La Pampa (ley 1654); Tierra del Fuego (ley 653); San Luis (Digesto V-0924-2015); Entre Ríos (decreto n° 1169/05; en el año 2016 se impulsó un proyecto de ley); Misiones (Ley IV-N° 58/2012); Salta (ley 1574); Santiago del Estero (ley 6715); Catamarca (ley 5336); Santa Fe (dtos. 692/09 y 1774/09). Las provincias de Santa Cruz, Formosa, Mendoza y Neuquén, durante el año 2016 impulsaron proyectos de ley de acceso a la información. El gobierno de Tucumán en el año 2016, propuso adherir a la ley nacional N° 27.275. Las provincias de La Rioja, San Juan y Corrientes no cuentan con ley de acceso a la información.

⁵⁰¹ Diversos municipios aprobaron ordenanzas en materia de acceso a la información. En la provincia de Buenos Aires: Municipalidad de Gral. Pueyrredón (ord. 13.712); Bragado (ord. 3115); Cañuelas (ord. 1970); Chascomus (ord. 3682/07); Lincoln (1553); Lomas de Zamora (9780); Morón (ord. 7187/2005); San Isidro (ord. 8042); Bahía Blanca (ord. 18.260), entre otras. Por su parte en la ciudad de Córdoba se aprobó la Ordenanza 11.877/2010 y, mediante el decreto V-0006/2008, el Concejo Deliberante crea y reglamenta el funcionamiento de la Oficina de Acceso a la Información Pública, en su ámbito.

como así también el amplio reconocimiento del derecho consagrado en diversos pronunciamientos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁰² y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁵⁰³.

La Ley Nacional de Derecho de Acceso a la Información Pública n° 27.275, promulgada por decreto n° 1044 del día 29 de setiembre de 2016 establece, en el marco de los estándares trazados por el sistema regional, que *el derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y distribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados, con las únicas limitaciones y excepciones que establece la ley.*

A la luz del principio de publicidad, dispone que *toda la información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por la ley, se presume pública*⁵⁰⁴.

A los fines de su aplicación, define como *información pública* a todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que los sujetos obligados generen, obtengan, transformen, controlen o custodien. En tanto que la definición de *documento* comprende a cualquier registro que haya sido generado, que sea controlado o que sea custodiado por los sujetos obligados, independientemente de su forma, soporte, origen, fecha de creación o carácter oficial⁵⁰⁵.

De tal modo, la ley regula con amplitud del derecho de acceso a la información, acorde con la resolución del Comité Jurídico Interamericano, en cuanto postula que, este derecho “se refiere a toda la información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio”⁵⁰⁶.

⁵⁰² CSJN, casos “ADC c/EN-PAMI s/amparo”, sent. 4-12-2012; “CIPPEC c/EN-Ministerio de Desarrollo Social s/amparo”, sent. 26-3-2014; “Giustiniani, Rubén H. c/YPF S.A. s/amparo por mora”, sent. 10-11-2015.

⁵⁰³ SCBA, causas A. 70.571, “ADC c/ Dirección General de Cultura y Educación. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad”, sent. 29-12-2014; A. 72.274, “Albaytero, Juan Aníbal c/Municipalidad de Quilmes. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sent. 9-3-2016.

⁵⁰⁴ Art. 2°, ley 27.275.

⁵⁰⁵ Art. 3°, ley 27.275.

⁵⁰⁶ Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73° Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 2.

La Relatoría Especial para la libertad de expresión de la OEA, calificó como un avance importante a la ley aprobada por la República Argentina, destacando que ahora el país se incorpora al grupo de las 22 naciones⁵⁰⁷, cuyas normas garantizan el acceso a la información pública en la región, adecuándose a los estándares internacionales en cuestiones de derecho a la información, en el marco de la promoción de la libertad de expresión.

2. Objeto de la ley de acceso a la información pública

La legislación nacional de acceso a la información tiene por finalidad: a) garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública; y b) promover la participación ciudadana y la transparencia en la gestión pública⁵⁰⁸.

La Relatoría Especial entiende que para satisfacer plenamente el derecho de acceso a la información y generar a largo plazo una cultura de la transparencia, los Estados no sólo deben asegurar recursos sencillos, expeditivos y gratuitos para controvertir las negativas al acceso a la información, también deben implementar adecuadamente las normas en la materia, mediante la creación de entidades autónomas, independientes y especializadas, que cuente con los recursos humanos y financieros suficientes para desarrollar su tarea, y mecanismos de revisión imparciales de la influencia política⁵⁰⁹.

En los gobiernos democráticos, este derecho posibilita que los ciudadanos controlen la gestión de los bienes y servicios públicos, reclamen la rendición de cuentas, participen en las decisiones públicas y coadyuven en hacer realidad el principio de transparencia en la gestión estatal. A su vez para poder participar en el proceso de toma de decisiones es necesario contar con información completa, veraz y oportuna.

El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado, consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios

⁵⁰⁷ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. RELE/INF 14/16, “Los Órganos de Supervisión del derecho al acceso a la información pública”. Según el informe de la Relatoría Especial, los países que cuentan con ley de acceso a la información pública son: Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, El Salvador, México, Honduras, Jamaica, Canadá, Estados Unidos, Antigua y Barbuda, Bolivia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Guatemala, Guyana y San Vicente y las Granadinas (párr. 13).

⁵⁰⁸ Art. 1º, ley 27.275.

⁵⁰⁹ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. RELE/INF 14/16, cit. párr. 12

públicos se desempeñan⁵¹⁰. El ejercicio ciudadano del derecho de acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de gobierno y coadyuva a disminuir el flagelo de la corrupción en la gestión estatal⁵¹¹.

Este derecho humano es un requisito fundamental para garantizar la transparencia y la buena gestión pública del gobierno y evitar abusos de los funcionarios públicos, tal como lo destacó recientemente la Corte Constitucional de la República de Corea del Sur, en un fallo histórico y unánime, señalando que el presidente tiene que usar su poder conforme a la Constitución y a las leyes, y los detalles sobre su función deben ser transparentes, para que el pueblo pueda evaluar su trabajo⁵¹².

El acceso a la información es una herramienta fundamental para la construcción de ciudadanía. Es un mecanismo que da poder a la sociedad civil, ya que permite conocer qué derechos se tienen y cómo defenderlos. A su vez, es un instrumento para la realización de otros derechos humanos: políticos, sociales, económicos y protección del medio ambiente⁵¹³.

3. Principios que fundamentan el derecho de acceso a la información pública

Para el cumplimiento de sus objetivos, la norma legal enuncia los siguientes principios que sustentan el derecho humano de acceso a la información⁵¹⁴:

*a) **Presunción de publicidad:** toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por la ley.*

El principio basilar que fundamenta este derecho universal, consiste en la publicidad de toda la información que se encuentra en poder del Estado, lo cual implica el acceso irrestricto a la información pública, sólo limitado por excepciones fijadas por la ley para satisfacer un interés público imperativo.

⁵¹⁰ CSJN, caso “ADC c/PAMI”, cit., Fallos 335:2393.

⁵¹¹ Corte IDH, OC 5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas.

⁵¹² La Corte Constitucional de la República de Corea del Sur, mediante sentencia del 10-3-2017, confirmó la decisión del Parlamento que destituyó a la Presidenta Park Geun-hye, acusada de corrupción y abuso del poder (Diario La Nación, 11-3-2017).

⁵¹³ CIDH, Informe Anual 2009. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (<http://www.cidh.org/relatoria>).

⁵¹⁴ Art. 1º, ley 27.275.

En tal sentido, la Corte IDH enfatiza que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”⁵¹⁵.

También la CSJN, dejó sentado que la información en poder del Estado pertenece a las personas, y por lo tanto, no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos⁵¹⁶.

*b) **Transparencia y máxima divulgación:** toda la información en poder, custodia o bajo el control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en la ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican.*

La Corte IDH, destaca que en una sociedad democrática, resulta indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sólo sujeto a un sistema restringido de excepciones⁵¹⁷.

*c) **Informalismo:** las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento.*

El informalismo -principio que rige todo procedimiento administrativo-, adquiere especial relevancia en la tutela de éste derecho, ya que implica evitar que los recaudos formales no se erijan en una carrera de obstáculos para acceder a la información pública, debiendo simplificarse los trámites y formalidades para el ejercicio del derecho.

⁵¹⁵ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párr. 86.

⁵¹⁶ CSJN, caso “CIPPEC” cit., párr. 7.

⁵¹⁷ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párr. 92.

A la luz de tal principio, la ley comentada en su artículo 9°, al referirse a la solicitud de información, dispone que la misma “se podrá realizar por escrito o por medios electrónicos y sin ninguna otra formalidad a excepción de la identidad del solicitante, la identificación clara de la información que se solicita y los datos de contacto del solicitante, a los fines de enviarle la información solicitada que está disponible”.

d) **Máximo acceso:** *la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles.*

e) **Apertura:** *la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros.*

Estos principios de máximo acceso y apertura, armonizan con el criterio sentado por la Corte IDH, al señalar que el derecho de acceso a la información comprende la libertad de “buscar”, “recibir” y “difundir” informaciones e ideas de toda índole, de tal modo que la entrega de la información a una persona, permite a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla⁵¹⁸. La accesibilidad a la información, mediante formatos digitales abiertos⁵¹⁹, facilita su difusión y garantiza la efectividad del derecho en su dimensión social.

En concordancia con la obligación positiva del Estado de brindar a los ciudadanos la información pública que obra en su poder y promover la transparencia de la gestión pública, el artículo 32 de la ley establece que los sujetos obligados deben publicar y difundir de manera proactiva –oficiosamente-, información pública, facilitando “la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros”.

⁵¹⁸ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párr. 77.

⁵¹⁹ El artículo 5° de la ley 27.275, con referencia a la entrega de información, dispone que “El Estado tiene la obligación de entregarla en formatos digitales abiertos, salvo casos excepcionales en que fuera de imposible cumplimiento o significara un esfuerzo estatal desmedido. Las excepciones las fijará la Agencia de Acceso a la Información Pública”.

f) **Disociación:** *en aquel caso en el que parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidos por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción.*

Este principio permite disociar los documentos que contengan información comprendida en alguna de las excepciones contempladas taxativamente por la ley, mediante un procedimiento de tachas limitado a las restricciones legales, debidamente fundamentadas por el sujeto obligado. En tal sentido el artículo 12 establece que cuando exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso esté limitado, deberá suministrarse el resto de la información solicitada, utilizando el sistema de tachas.

g) **No discriminación:** *se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.*

La proyección de este principio al procedimiento informativo, se traduce en el deber de los sujetos obligados de garantizar a toda persona, el pleno ejercicio del derecho universal de acceso a la información, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁵²⁰.

h) **Máxima premura:** *la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor.*

Según este principio, los sujetos obligados a brindar información deben expedirse con la mayor prontitud, en concordancia con el artículo 8.1. de la C.A.D.H., en cuanto garantiza a toda persona el derecho a obtener una decisión judicial o administrativa, dentro de un plazo razonable.

En el mismo sentido, el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que “toda persona tiene derecho de presentar peticiones

⁵²⁰ Arts. 1° y 24, C.A.D.H.

respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta resolución”.

i) **Gratuidad:** *el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto por esta ley.*

Con concordancia con este principio, el artículo 6° de la ley, dispone que “el acceso a la información pública es gratuito en tanto no se requiera su reproducción. Los costos de reproducción corren a cargo del solicitante”.

j) **Control:** *el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Las resoluciones que deniegan solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su respuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente.*

La ley 27.275 crea la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), con carácter de ente autárquico, con autonomía funcional respecto del Poder Ejecutivo, encargada de velar por el cumplimiento de los principios y los procedimientos establecidos, en el marco de la competencia y funciones que le asigna la norma legal⁵²¹. Asimismo, dispone que el Poder Legislativo, el Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura, deben crear en sus respectivos ámbitos, un organismo con autonomía funcional y con competencias y funciones idénticas a las de la Agencia de Acceso a la Información Pública⁵²².

k) **Responsabilidad:** *el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan.*

En concordancia con este principio, el artículo 18 prescribe que “el funcionario público o agente responsable que en forma arbitraria obstruya el acceso del solicitante a la información pública requerida, o la suministre en forma incompleta u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de esta ley, incurre en falta grave sin perjuicio de las

⁵²¹ Arts. 19 y 24, ley 27.275.

⁵²² Art. 28, ley 27.275.

responsabilidades administrativas, patrimoniales y penales que pudieren caberle conforme lo previsto en las normas vigentes”.

A los fines de la efectividad del principio de responsabilidad, la norma confiere legitimación procesal activa a la AAIP, en el marco de su competencia, para promover las acciones judiciales pertinentes. A su vez, la Agencia puede impulsar las sanciones administrativas ante las autoridades correspondientes, en los casos de incumplimiento a lo establecido en la ley⁵²³.

*l) **Alcance limitado de las excepciones:** los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere información.*

En esta materia –como vimos- rige el principio de máxima divulgación, que establece la presunción de que toda la información bajo el control del Estado es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones. La Corte IDH destaca que las restricciones del derecho de acceso a la información, deben cumplir los siguientes requisitos: en primer término deben estar previamente fijadas por ley –acto normativo general adoptado por el órgano legislativo- para asegurar que no queden al arbitrio del poder público; deben perseguir un fin legítimo, esto es responder a los objetivos permitidos por el artículo 13.2, de la CADH, de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información. Finalmente señala que corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con tales requisitos⁵²⁴.

Las consecuencias del principio de máxima divulgación, conlleva a que el régimen limitado de excepciones, reguladas previamente por ley, debe ser interpretado de manera

⁵²³ Art. 24 incs. p) y q), ley 27.275.

⁵²⁴ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párrs. 88-93.

restrictiva, en forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información pública; que toda decisión negativa debe ser motivada, correspondiendo al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada⁵²⁵.

*m) **In dubio pro petitor:** la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre a favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información.*

Del principio rector de máxima divulgación, se deriva la regla hermenéutica según la cual, ante un caso de duda, conflicto normativo o vacío legal, debe prevalecer una interpretación amplia del derecho de acceso a la información que propenda a facilitar a la ciudadanía la información en forma completa, oportuna y veraz.

*n) **Facilitación:** ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra, o no, en su poder o negar la divulgación de un documento de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información.*

Siguiendo el criterio de la Corte IDH, “el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente la información solicitada no existía... Alegar ante un requerimiento judicial, como el aquí analizado, la falta de prueba sobre la existencia de cierta información, sin haber indicado, al menos, cuáles fueron las diligencias que realizó para confirmar o no su existencia, posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no, determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de este derecho”⁵²⁶.

⁵²⁵ CIDH.OEA/Ser.L/V/II,RELE/INF. 1/9, 30-12-2009, “El Derecho de Acceso a la Información en el marco jurídico Interamericano” (<http://www.cidh.org/relatoria>).

⁵²⁶ Corte IDH, caso “Gomes Lund y otros Vs. Brasil”, sent. 24-11-2010, párr. 211. En el caso los familiares de integrantes de la *Guerrilha do Araguaia* pretendían esclarecer las circunstancias de las desapariciones forzadas, localizar los restos mortales y acceder a los documentos oficiales sobre las operaciones militares de esa región.

o) **Buena fe:** para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de la transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

La Corte IDH ha enfatizado que para garantizar el derecho a la información, resulta esencial, que los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas de personas⁵²⁷.

El principio de buena fe también fue aplicado por la CSJN en el caso “CIPPEC c/EN-Ministerio de Desarrollo Social”, al señalar que “respecto del requerimiento de información sobre las personas jurídicas beneficiarias –distribuidores o encargados de la entrega de programas sociales- la denegatoria del Poder Ejecutivo resulta incoherente, porque las personas de existencia ideal no tienen por naturaleza *datos sensibles*, propios del ámbito de la intimidad u honor que proteger. En el marco del derecho de acceso a la información pública, el argumento del Poder Ejecutivo para denegar la información requerida, es entonces directamente contrario al principio de buena fe que debe guiar la actuación de la administración pues, con invocación de motivos manifiestamente inconducentes, desconoce una obligación internacional de los estados de aumentar la transparencia en el manejo de los fondos públicos...”⁵²⁸

4. Legitimación activa

En el caso “Claude Reyes”, la Corte Interamericana señaló que el artículo 13 de la CADH, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado y, por lo tanto, el precepto ampara el derecho de las personas a recibir tal

⁵²⁷ Corte IDH, caso “Gomes Lund” cit., párr. 211.

⁵²⁸ CSJN, caso “CIPPEC” cit., consid. 22).

información y la obligación positiva del Estado de suministrarla. Consecuentemente, dejó sentado que dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo los casos en que se aplique una legítima restricción⁵²⁹.

Este criterio amplio de legitimación, que concibe al derecho de acceso a la información como un derecho fundamental de carácter universal, es receptado por el artículo 4° de la ley, al disponer que *“toda persona humana o jurídica, pública o privada tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado”*.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “CIPPEC” destacó que “en materia de acceso a la información pública existe un importante consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente. Se trata, de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud”⁵³⁰.

Esta doctrina se consolida en los casos “Gil Lavedra”, “Oehler”, “Stolbizer” y “Garrido”, en los cuales el alto Tribunal señaló que la condición de diputados de los actores, no les hace perder su calidad de ciudadanos, ya que el derecho a solicitar información en poder del Estado corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés o afectación directa, dado que la legitimación activa es amplia, de conformidad con el principio de máxima divulgación que rige en la materia⁵³¹.

⁵²⁹ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párr. 77.

⁵³⁰ CSJN, fallo “CIPPEC” cit., consid. 12).

⁵³¹ CSJN, casos “Gil Lavedra, Ricardo c/EN.M. de Justicia y DH-Inspección General de Justicia s/amparo”, sent. 14-10-2014; Oheler, Carlos c/Secretaría de Turismo y Cultura de la Pcia. de Jujuy s/ recurso de inconst.”, sent. 21-10-2014; “Stolbizer, Margarita c/EN-M. Justicia DDHH s/amparo”, sent. 1-9-2015; “Garrido, C. M. c/EN-AFIP”, sent. 21-6-2016.

5. Sujetos obligados a brindar información pública. Responsables de acceso a la información pública

Una de las innovaciones más importantes que presenta la nueva ley, es la ampliación del universo de sujetos obligados a brindar información pública, incluyendo en su ámbito de aplicación a todos los poderes públicos: la administración pública nacional centralizada y entes descentralizados, entre ellos, a las instituciones de seguridad social⁵³²; el Poder Legislativo; el Poder Judicial de la Nación; el Ministerio Público Fiscal de la Nación; el Ministerio Público de la Defensa; el Consejo de la Magistratura⁵³³.

Asimismo, el artículo 7° comprende en su ámbito de aplicación a todas aquellas personas físicas o jurídicas, estatales y no estatales en lo atinente al ejercicio de la función administrativa delegada o en relación a los fondos públicos recibidos: empresas y sociedades del Estado; sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; sociedades de economía mixta; empresas y sociedades en las cuales el Estado nacional tenga participación minoritaria, sólo en lo referido a la participación estatal; concesionarios, permisionarios y licenciarios de servicios públicos o de uso del dominio público; contratistas y prestatarios, bajo cualquier modalidad contractual; organizaciones empresariales, partidos políticos, sindicatos, universidades y cualquier entidad privada, respecto a la información relacionada con los fondos públicos recibidos; fideicomisos constituidos con recursos o bienes del Estado Nacional; entes cooperadores con los que la administración pública nacional celebre convenios que tengan por objeto la cooperación técnica o financiera con organismos estatales; el Banco Central de la República Argentina; los entes interjurisdiccionales en los que el Estado nacional tenga participación o representación; los concesionarios, explotadores, administradores y operadores de juegos de azar, destreza y apuesta, autorizados por autoridad competente.

⁵³² En tal sentido, la CSJN en el citado *leading case* “ADC c/EN-PAMI”, dejó sentado que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado (PAMI), se halla obligado a brindar información acerca de la publicidad oficial que desarrolla, aun cuando el ente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados. Por lo tanto, enfatiza el Tribunal que la negativa a brindar información constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática.

⁵³³ Art. 7°, ley 27.275.

La norma comentada recepta los estándares internacionales contemplados en la Ley Modelo Interamericano sobre Acceso a la Información Pública, en cuanto obliga a garantizar el acceso a la información a toda autoridad pública perteneciente a las distintas ramas del gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial), incluyendo además, a las organizaciones privadas que reciban fondos o beneficios públicos (directa o indirectamente), o que desempeñen funciones o servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados⁵³⁴.

A su vez, el artículo 30 dispone que *“cada uno de los sujetos obligados deberá nombrar a un responsable de acceso a la información pública que deberá tramitar las solicitudes de acceso a la información pública dentro de su jurisdicción”*.

La norma legal asigna diversas funciones a los responsables de cada jurisdicción, entre ellas: recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información pública, remitiendo la misma al funcionario pertinente; llevar un registro de solicitudes; brindar asistencia a los solicitantes; promover prácticas de transparencia en la gestión pública y de publicación⁵³⁵.

6. Excepciones

El derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones, las cuales –como se señaló– deben cumplimentar con los requisitos derivados del artículo 13.2 de la C.A.D.H, esto es, tener carácter excepcional y consagración legislativa, perseguir objetivos legítimos permitidos por la Convención y deben ser necesarias en una sociedad democrática para satisfacer un interés público imperativo y compatibles con el principio de proporcionalidad. Las excepciones no deben convertirse en la regla general, sino que por el contrario, el acceso a la información es la regla y el secreto la excepción⁵³⁶.

⁵³⁴ Art. 3°, Ley Modelo Interamericano sobre Acceso a la Información Pública.

⁵³⁵ Art. 31, ley 27.275.

⁵³⁶ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párrs. 89/90 y 92. CIDH, OEA/Ser. L/V/II, RELE/INF. 1/09, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”, 30-12-2009, párrs. 11, 45/53. En el documento se destaca que la legislación interna debe resultar claro que la reserva se mantendrá solamente mientras la publicación pueda efectivamente comprometer los bienes que se protegen con el secreto, el cual debe tener un plazo razonable, vencido el cual, el público tendrá derecho a conocer la respectiva información.

Con relación al requisito de proporcionalidad la CIDH, estableció que cualquier restricción en el acceso a la información en poder del Estado, para ser compatible con la Convención Americana, debe superar una prueba de proporcionalidad, esto es: a) estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican (asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas); b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza con causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y c) que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información⁵³⁷.

Ello implica, tal como lo señaló la Corte IDH, que el Estado tiene la carga probatoria de demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión, dado que de lo contrario se crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de informaciones como secretas, reservadas o confidenciales, generando inseguridad jurídica respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información⁵³⁸.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que “los sujetos obligados solo pueden rechazar un requerimiento de información si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por las cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido. De esta forma, se evita que por vía de genéricas e imprecisas afirmaciones, pueda afectarse el ejercicio del derecho y se obstaculice la divulgación de información de interés público”⁵³⁹.

En concordancia con el principio de máxima divulgación, que impone al Estado garantizar que el acceso a la información pública sea efectivo y lo más amplio posible, la norma legal consagra en su artículo 8°, un sistema restringido y taxativo de excepciones.

⁵³⁷ CIDH.OEA/Ser. L/V/II, RELE/INF. 1/09, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”, cit., párr. 53.

⁵³⁸ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párrs.

⁵³⁹ CSJN, caso “Giustiniani c/YPF” cit., consid. 26. Sostuvo el Tribunal que la demandada se limitó, exclusivamente, a afirmar que la difusión de información confidencial puede afectar el desarrollo de los contratos petroleros, sin aportar mayores precisiones al respecto. Entiende que convalidar sin más, una respuesta de esa vaguedad significaría dejar librada la garantía de acceso a la información al arbitrio discrecional del obligado (consider. 27).

Prescribe que los sujetos obligados **sólo** podrán exceptuarse de proveer la información, cuando se configuren alguno de los siguientes supuestos: a) información expresamente clasificada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior; b) información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; c) secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado; d) información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; e) información en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de activos provenientes de ilícitos; f) información elaborada por los sujetos obligados dedicados a regular o supervisar instituciones financieras; g) información elaborada por asesores jurídicos o abogados de la administración pública nacional cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; h) información protegida por el secreto profesional; i) información que contenga datos personales y no pueda disociarse, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales; j) información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona; k) información de carácter judicial cuya divulgación estuviera vedada por otras leyes o por compromisos contraídos por la República Argentina en tratados internacionales; l) información obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuviera el carácter de reservada y cuya divulgación pudiera frustrar el éxito de una investigación; m) información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública.

Finalmente el precepto dispone que *“las excepciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables en casos de graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad”*.

Tal previsión se enmarca en el criterio de la Corte IDH, en cuanto dejó sentado que “en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o

en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes”⁵⁴⁰.

Destaca el Tribunal que “cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada”⁵⁴¹.

La Declaración Conjunta de 2004, de la Relatoría para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE aborda temas atinentes a la información “reservada” o “secreta”, señalando que las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de dicha clasificación para evitar la divulgación de información que es de interés público. Añade que tales leyes deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos y también deberán establecer límites generales con respecto al período de tiempo durante el cual los documentos deben mantenerse secretos⁵⁴².

7. Agencia de Acceso a la Información Pública. Consejo Federal para la Transparencia

La Relatoría Especial reconoce que para la efectiva satisfacción del derecho, es fundamental la creación de un órgano de supervisión autónomo y especializado encargado de implementar la legislación en la materia, destacando la importancia de que existan autoridades independientes y especiales para evitar que se diluyan los esfuerzos en el cumplimiento de las leyes de acceso a la información pública. Es necesario contar con un órgano de supervisión capaz de generar políticas uniformes en materia de información

⁵⁴⁰ Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, sent. 25-11-2003, párr. 180.

⁵⁴¹ Corte IDH, caso “Gomes Lund” cit., párr. 202; caso “Myrna Mack Chang” cit., párr. 181.

⁵⁴² CIDH.OEA/Ser. L/V/II, RELE/INF. 1/09, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano” cit., párr. 57.

pública para todos los organismos obligados por la normativa, que tenga además la facultad de coordinar los esfuerzos de distintas áreas, capacitar recursos humanos, generar conciencia ciudadana, identificar y difundir buenas prácticas, asesorar a funcionarios y desarrollar mecanismos para facilitar la gestión de las solicitudes de información⁵⁴³.

La ley comentada incorpora los estándares trazados por el sistema interamericano, creando la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), como ente autárquico que funcionará con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, encargada de velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la ley, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública y promover medidas de transparencia activa, estableciendo su competencia y funciones⁵⁴⁴.

La norma legal establece que la AAIP estará a cargo de un director que durará cinco (5) años en la función, pudiendo ser reelegido por única vez. Será designado por el Poder Ejecutivo mediante un procedimiento de selección público, abierto y transparente que garantice la idoneidad del candidato.

Regula expresamente el procedimiento de selección del director y los requisitos e incompatibilidades para el ejercicio del cargo, disponiendo que la función requiere dedicación exclusiva, siendo incompatible con cualquier otra actividad pública o privada, excepto la docencia a tiempo parcial, vedando cualquier actividad partidaria mientras dure la función. Además el director propuesto no podrá haber desempeñado cargos electivos o partidarios en los últimos cinco (5) años previos a la designación.

Establece puntualmente el procedimiento de remoción del director, en los supuestos de mal desempeño, por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes, que estará a cargo del Poder Ejecutivo nacional, con intervención de una comisión bicameral del Congreso de la Nación⁵⁴⁵.

⁵⁴³ CIDH, OEA, “El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento”, marzo de 2015. Informe temático contenido en el Informe Anual 2014 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, párrs. 10 y 11.

⁵⁴⁴ Art. 19 y 24, ley 12.275.

⁵⁴⁵ Arts. 20/27, ley 27.275.

En el marco del criterio de independencia y autonomía que debe regir en las entidades especializadas de supervisión, el artículo 28 dispone que *en un plazo máximo de 90 días contado desde la publicación de la ley en el Boletín Oficial, el Poder Legislativo, el Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura, deberán crear, cada uno de ellos, un organismo con autonomía funcional y con competencias y funciones idénticas a las de la AAIP, que actuará en el ámbito del organismo en el que se crea. La designación del director en los respectivos organismos, también debe realizarse mediante un procedimiento de selección abierto, público y transparente que garantice la idoneidad del candidato*⁵⁴⁶.

Con el objeto de promover a la cooperación técnica y la concertación de políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública, la ley crea el *Consejo Federal para la Transparencia*, que estará integrado por un (1) representante de cada una de las provincias y un (1) representante por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, presidido por el director AAIP, quien deberá convocar reuniones semestrales para evaluar el grado de avance en la materia, en cada una de las jurisdicciones⁵⁴⁷.

Teniendo en cuenta que la soberanía presupuestaria es un componente de la independencia y autonomía de las entidades que supervisan el cumplimiento de la ley, el artículo 35 autoriza al Poder Ejecutivo a realizar las modificaciones e incorporaciones en la ley de presupuesto de gastos y recursos de la administración nacional para el ejercicio fiscal vigente. Además dispone que deberá preverse en el presupuesto del año inmediato subsiguiente la incorporación de los recursos necesarios para el correcto cumplimiento de las funciones de la AAIP.

8. Solicitud de información. Vías de reclamo

La Corte IDH, ha destacado que el Estado “debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de

⁵⁴⁶ El art. 39, cláusula transitoria 2, prevé que hasta tanto, los sujetos pasivos creen las respectivas agencias, la AAIP que funciona en el ámbito del Poder Ejecutivo, cumplirá esas funciones respecto de los que carezcan de ese organismo.

⁵⁴⁷ Art. 29, ley 27.275.

información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”⁵⁴⁸.

Con tales lineamientos enfatiza que “el Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia”⁵⁴⁹.

En concordancia con tales pautas jurisprudenciales, la ley establece un procedimiento simple y ágil para tramitar la solicitud de información, la que deberá presentarse ante el sujeto obligado, quien la remitirá al responsable de acceso a la información pública.

Dicha solicitud se podrá realizar por escrito o por medios electrónicos y sin ninguna formalidad. Sólo deberá consignarse la identidad del solicitante, identificar la información solicitada y los datos de contacto del solicitante, a los fines de enviarle la información o anunciarle que está disponible. El sujeto que recibe la solicitud deberá entregar o remitir al solicitante una constancia del trámite. La información debe suministrarse en un plazo no mayor de quince (15) días, prorrogables excepcionalmente, por otros quince (15) días⁵⁵⁰.

El sujeto obligado sólo podrá negarse a brindar la información solicitada, mediante acto fundado en las siguientes causales: cuando se verifique que la información no existe; que no está obligado legalmente a producirla; o que está incluida dentro de algunas de las excepciones previstas por la ley.

La falta de fundamentación determina la nulidad del acto denegatorio y obliga a la entrega de la información.

La Corte IDH ha precisado que la negativa a proveer acceso a la información que no está fundamentada, explicando con claridad los motivos y normas en que se basa, constituye una violación del derecho al debido proceso protegido por el artículo 8.1 de la CADH, ya que

⁵⁴⁸ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párr. 163.

⁵⁴⁹ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párr. 137.

⁵⁵⁰ Arts. 9/11, ley 27.275.

las decisiones adoptadas por las autoridades que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente justificadas o, de lo contrario, serían decisiones arbitrarias⁵⁵¹.

El acto denegatorio debe ser dictado por la máxima autoridad del organismo o entidad requerida. Se consideran como denegatoria injustificada: el silencio del sujeto obligado, que se configura ante el vencimiento de los plazos previstos (15 días); o ante la ambigüedad, inexactitud o entrega incompleta.

El acto denegatorio en cualquiera de estos casos, habilita las siguientes vías de reclamo:

a) *Vía judicial*. La ley establece que las decisiones en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante los tribunales de primera instancia en lo contencioso federal, sin necesidad de agotar la vía administrativa. Dispone que será competente el juez del domicilio del requirente o el del domicilio del ente requerido, a opción del primero.

La acción judicial tramitará por la vía del amparo y deberá ser interpuesto dentro de los cuarenta (40) días hábiles desde que fuera notificada la resolución denegatoria de la solicitud o desde que venciera el plazo para responderla. No se aplicarán los supuestos de inadmisibilidad formal previstos en el art. 2° de la ley 16.986;

b) *Reclamo administrativo*. En los supuestos de denegatoria de una solicitud de información, el solicitante podrá dentro del plazo de cuarenta (40) días contados desde el vencimiento del plazo para la respuesta, interponer un reclamo ante la AAIP o, a su opción, ante el organismo originalmente requerido, quien deberá elevarlo inmediatamente a la AAIP para su resolución. Este reclamo será sustitutivo de los recursos previstos en la LNPA (decreto-ley 19.549).

La AAIP, dentro de los treinta (30) días hábiles contados desde la recepción del reclamo por incumplimiento, puede rechazar fundadamente el reclamo, por los motivos que determina la ley, o en su caso, intimar al sujeto obligado que haya denegado la información requerida a cumplir con las obligaciones que impone la norma legal⁵⁵².

⁵⁵¹ Corte IDH, caso “Claude Reyes” cit., párr. 120.

⁵⁵² Arts. 13/17, ley 27.275.

9. Transparencia activa

Este concepto refiere a otro de los aspectos del derecho de acceso a la información pública que establece que los sujetos obligados deben difundir de forma rutinaria y proactiva –aun en ausencia de una petición expresa-, información sobre sus funciones y actividades, de manera completa y actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos⁵⁵³.

Los sujetos obligados deben facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática.

De tal modo, la ley prevé que los sujetos deben publicar oficiosamente un índice de la información pública que estuviese en su poder, indicando donde y como deberá realizarse la solicitud; su estructura orgánica y funciones; la nómina de autoridades y personal de la planta permanente y transitoria u otra modalidad de contratación; las escalas salariales, que incluya todos los componentes del salario total, correspondiente a todas las categorías de empleados, funcionarios, consultores, pasantes y contratados; el presupuesto asignado a cada área, las modificaciones durante cada ejercicio y el estado de ejecución actualizado en forma trimestral; las transferencias de fondos provenientes o dirigidos a personas humanas o jurídicas, públicas o privadas y sus beneficiarios; las declaraciones juradas de aquellos sujetos obligados a presentarlas en sus ámbitos de acción⁵⁵⁴.

También debe publicitarse “el listado de las contrataciones públicas, licitaciones, concursos, obras públicas y adquisiciones de bienes y servicios, especificando objetivos, características, montos y proveedores, así como los socios y accionistas principales, de las

⁵⁵³ Art. 32, ley 27.275. La norma recepta las pautas de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información elaborada por la OEA, en cuanto prevé que la autoridad pública deberá “divulgar información de manera proactiva a los efectos de minimizar la necesidad que los individuos presenten solicitudes de información” (cap. II, 9, 3, b). También la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31/10/2003), incorporada por ley 26.097 (B.O. 10/5/2006), estipula que ante la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, adoptará medidas para aumentar la transparencia en su administración pública, tales como la instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, información sobre la organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones de su administración pública (art. 10).

⁵⁵⁴ Art. 32, inc. s), ley 27.275.

sociedades o empresas proveedoras” Y “los permisos, concesiones y autorizaciones otorgados y sus titulares”⁵⁵⁵.

Ello, en concordancia con las previsiones de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵⁵⁶, en cuanto contempla como medida preventiva para erradicar la corrupción, la implementación de sistemas de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia.

Como sostiene Gordillo, estos principios de derecho administrativo supranacional que rigen las contrataciones públicas, son operativos y obligatorios para todos los agentes públicos nacionales, provinciales o municipales; y deben ser aplicados por los jueces⁵⁵⁷.

La ley prescribe que la transparencia activa también debe aplicarse en el ámbito de los organismos jurisdiccionales⁵⁵⁸, de acuerdo a lo establecido en la ley 26.856 que dispone la obligatoriedad de la publicación íntegra de todas las acordadas, resoluciones y sentencias dictadas por la CSJN y por los tribunales de segunda instancia que integran el Poder Judicial de la Nación, a través de un diario judicial de formato digital accesible al público, resguardando el derecho a la intimidad, dignidad y honor de las personas⁵⁵⁹.

También dispone que la CSJN y demás tribunales inferiores que integran el Poder Judicial de la Nación, deberán publicar una lista de la totalidad de las causas que tramiten en dichos estrados; lista que deberá ser actualizada diariamente e indicar el número de

⁵⁵⁵ Art. 32 inc. g) y j), ley 27.275.

⁵⁵⁶ Aprobada por ley 24.759, B.O. 17-1-1997.

⁵⁵⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., FDA, 1998, t. 1, 5° Ed., cap. XVI, “La Convención Americana contra la Corrupción”. Sostiene el autor que la CICC hace un corte transversal al derecho administrativo, y por aplicación del principio de publicidad contemplado en el art. III, inc. 5°, debe publicarse de manera idónea para conocimiento del público, toda contratación administrativa (hecha con licitación pública o sin ella), lo cual implica la publicación en el B.O. de las adjudicaciones y su precio y especificaciones, como también del precio final una vez terminada la ejecución del contrato.

⁵⁵⁸ Art. 32 inc. q), ley 27.275.

⁵⁵⁹ En el sitio web de Datos Abiertos de la Corte Suprema de Justicia Nacional, se publica el Informe de Administración, que contiene información referida a las dependencias, personal, presupuesto y sentencias (datos.csjn.gov.ar).

expediente, carátula y objeto de la causa, fuero de origen, fecha de inicio de las actuaciones, estado procesal y fecha de ingreso al respectivo tribunal⁵⁶⁰.

10. Conclusiones

La sanción de la Ley Nacional de Acceso a la Información Pública, constituye un paso relevante para la tutela del derecho humano universal de acceso a la información y el fortalecimiento de la democracia. Su promulgación formalizada al día siguiente del Día Internacional por el Derecho de Acceso Universal a la información que se celebra en todo el mundo cada 28 de setiembre, mereció el amplio respaldo de las diversas organizaciones de la sociedad civil y entidades no gubernamentales -tanto nacionales⁵⁶¹ como internacionales⁵⁶²-, que durante más de una década bregaron por la sanción de la ley.

La sanción de la ley, al establecer mecanismos de gobierno abierto, fue uno de los aspectos que influyó en el avance que registró la República Argentina en el año 2016,

⁵⁶⁰ Ley 26.856, promulgada el 21-5-2013 y reglamentada por decreto n° 894/13 (B.O. 8-7-2013). En ese marco, en la VII Conferencia Nacional de Jueces celebrada el 28-10-16, se presentó el Observatorio de Causas de Corrupción, una plataforma web de acceso libre a través del sitio Centro de Información Judicial (www.cij.gov.ar), que permite consultar el estado procesal de las causas en tiempo real.

⁵⁶¹ La Asociación de Derechos Civiles (ADC), celebró la sanción de la ley surgida de un amplio y participativo proceso en el Congreso de la Nación, destacando que es un derecho para la gente, en tanto todo ciudadano puede controlar cómo se gasta el dinero que aporta con sus impuestos, cómo se decide a qué obras se da prioridad, cómo se distribuye el dinero entre la nación, las provincias y los municipios (www.infobae.com, 20-9-2016). También Poder Ciudadano consideró que la sanción de la ley es una buena noticia, que ubicará al país en el concierto de naciones que garantizan que cualquier ciudadano pueda pedir al Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) información y éste está obligado a dársela (poderciudadano.org/argentina-tiene-ley).

⁵⁶² La Directora Ejecutiva de Anmistía Internacional Argentina, Mariela Belski señaló que “esta ley era una deuda de la democracia, que el Congreso finalmente saldó, dando un gran paso hacia la ampliación de los derechos de los argentinos, garantizando mayores niveles de transparencia, rendición de cuentas y participación de la sociedad en asuntos públicos” (www.telam.com.ar, 15-9-2016). Asimismo, la Fundación Multitudes de Chile, resalto el trabajo del Congreso argentino (www.telam.com.ar, 14-9-2016).

respecto del Índice de Percepción de la Corrupción que elabora Transparencia Internacional, escalando 12 lugares, ubicándose en el puesto 95, sobre 176 países auditados⁵⁶³.

No obstante, tal como ponderan los organismos regionales “el reconocimiento jurídico del derecho y el establecimiento de procedimientos y órganos encargados de protegerlo y garantizarlo, no es suficiente. Es necesario llenar a este derecho de ‘vida y sentido’. Para ello es preciso divulgar sus alcances y posibilidades porque, en la práctica, solo se exigen y protegen los derechos que se conocen”⁵⁶⁴.

El acceso a la información implica la modificación de comportamientos, hábitos y expectativas que trascienden su consagración normativa. El desafío consiste no solamente en generar transformaciones al interior del Estado, fundadas en que la información no es propiedad de los funcionarios, sino que es patrimonio de todos; también implica alentar el compromiso cívico tendiente a una efectiva participación ciudadana en las decisiones públicas⁵⁶⁵.

De tal modo, para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, el Estado tiene el deber de implementar adecuadamente la ley sancionada. A tales fines deberá dictar la norma reglamentaria en el marco de los estándares internacionales trazados en la materia⁵⁶⁶; crear las respectivas agencias en los órganos estatales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en el Ministerio Público y en el Consejo de la Magistratura; nombrar a los responsables del acceso a la información ante cada uno de los

⁵⁶³ Diario La Nación, Editorial 4-2-2017, “Leve mejoría en la percepción de la corrupción”. La publicación informa que la Argentina en el año 2015 se encontraba en el puesto 107. En el año 2016, mejoró su posición, pero aún continúa lejos de los dos países mejor posicionados en el ranking de transparencia: Uruguay (posición 21), y Chile (24). En la región el peor posicionado es Venezuela (puesto 166). Dinamarca y Nueva Zelanda, son los mejores posicionados a nivel global.

⁵⁶⁴ CIDH.OEA/Ser. L/V/II, RELE/INF. 1/09, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano” cit., prólogo.

⁵⁶⁵ Poder Ciudadano, Corrupción y Transparencia, Informe 2014, cap. VII, “El derecho a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad”, Marta Oyhanarte-Mora Kantor, p. 278.

⁵⁶⁶ El artículo 37 de la ley 27.275, establece que “*el Poder Ejecutivo nacional reglamentará la presente ley dentro de los 90 días desde su promulgación*”. A tales fines el gobierno nacional puso en marcha un mecanismo de consulta pública, mediante una plataforma online, en la cual, cualquier ciudadano, hasta el 11-12-2016, aportó opiniones o comentarios, en miras al dictado del decreto reglamentario.

sujetos obligados⁵⁶⁷; capacitar a los órganos, funcionarios y agentes públicos encargados de tramitar las solicitudes de acceso a la información pública; suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, a través de los respectivos sitios web de los sujetos obligados; y, mediante el Consejo Federal para la Transparencia, concertar políticas de transparencia y acceso a la información pública con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁵⁶⁸.

La efectividad del ejercicio del derecho de acceso a la información que titulariza la ciudadanía, depende en gran medida del cumplimiento por parte del Estado de la obligación que le impone la nueva ley de promover una verdadera cultura de la transparencia, a través de campañas sistemáticas tendientes a difundir entre el público en general, la existencia y objeto de la nueva ley, y de los procedimientos y trámites para acceder a la información pública.

Solo a través de una adecuada implementación de este derecho, las personas pueden saber con exactitud cuáles son sus derechos y qué mecanismos existen para protegerlos.

La cultura de la transparencia, publicidad y máxima divulgación en la gestión pública, son principios consustanciales a las democracias modernas.

Una de las razones de la superioridad de la democracia -reflexiona Bobbio- con relación a los estados absolutos está basada en la convicción de que el gobierno democrático pudiese finalmente, dar vida a la transparencia del poder, “al poder sin máscaras”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ El artículo 38 de la ley 27.275, contiene la cláusula transitoria 1, según la cual “las disposiciones de la presente ley entrarán en vigencia al año de su publicación en el Boletín Oficial. Los sujetos obligados contarán con el plazo máximo de un (1) año desde la publicación de la presente ley en el Boletín Oficial, para adaptarse a las obligaciones contenidas en la misma. En dicho plazo, conservarán plena vigencia el decreto 1172, del 3-12-2003, y el decreto 117, del 12-1-2016, así como toda otra norma que regule la publicidad de los actos de gobierno y el derecho de acceso a la información pública”.

⁵⁶⁸ Mediante el artículo 36 de la ley 27.275, se invita a las provincias y a la CABA a adherir a sus disposiciones.

⁵⁶⁹ Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, op. cit., p. 23.

En vista de la Buena Fe

Por Guillermo F. Rizzi

“...toda persona tiene derecho a defenderse con amplitud en sede administrativa¹”.

¹ Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t. IV, cap.IV.5., 10ª ed., F.D.A., Buenos Aires, 2010.

Introducción.-

Uno siempre encuentra algún motivo para elegir los temas que le interesan, creo que es porque algo sucede en el desarrollo profesional o académico que le marca el tema a elegir. Los plazos en general y la vista del expediente en particular han sido mi preocupación en clave procedimental, tanto como las medidas cautelares lo son en el ámbito procesal.

En este caso el disparador ha sido la mera observación del dec.ley 7647/70 y sus modificaciones, que han sido cuatro en más de 47 años y todas referidas al plazo de gracia, en dos oportunidades⁵⁷⁰, y la vista del expediente administrativo, también en dos oportunidades.

En este último caso fue en el mes de enero de 2011, una situación solo comparable a aquella que tuvimos en nuestra provincia con la vigencia durante un tiempo de dos leyes de amparo⁵⁷¹, se dio entre los boletines oficiales del 11 y el 25 de enero, cuando se publicaron dos leyes que modificaban el mismo artículo 11 del dec.ley 7647/70.

Fueron las leyes 14.224 y 14.229⁵⁷² pero el resultado no pudo ser peor, aunque mas terrible era la norma previa si observamos que la Ordenanza General 267/70 todavía la mantiene. Es que ninguna de las dos normas resolvía el problema de la eficacia interruptiva del pedido de vista de las actuaciones. Sin embargo en los fundamentos de la ley 14.229 puede observarse la preocupación del legislador por este tema, algo que resulta particularmente curioso⁵⁷³.

Para colmo la norma que quedó vigente resultò menos garantista que la publicada previamente⁵⁷⁴, si bien fue buena la incorporación, a través de la ley 14.229, en cuanto

⁵⁷⁰ Leyes 13.262, que reconociò dos horas y 13.708 que lo ampliò a cuatro horas (ver art. 69, dec.ley 7647/70).

⁵⁷¹ Ampliar en mi trabajo En Buenos Aires hay leyes de amparo, Sup. Adm. 2009 (marzo), 1-LA LEY 2009-B, 1005.

⁵⁷² Ampliar en Oroz, Miguel H. E., Breves reflexiones sobre la política legislativa en el procedimiento administrativo. A propósito de las leyes 14.224 y 14.229, publicado en www.abda.org.ar/opinion.html, sección columna de opinión, del 25 de enero de 2011.

⁵⁷³ Dice: “(s)e advierte que no existe norma alguna en el Decreto Ley Nro. 7647/70 referido a la vista (sic), ni a los efectos que su pedido produciría en los plazos, cuestión que ha suscitado numerosas controversias judiciales al respecto. Por ello es que se propone establecer en una norma de jerarquía legal que regule el pedido de vista y sus efectos”.

⁵⁷⁴ Ley 14.224, promulgación del 27/12/10, publicación 14/1/11 en BO Nº 26514 (SUPLEMENTO); “Artículo 11: Todo interesado, su apoderado o letrado patrocinante tendrá acceso al expediente durante todo su trámite. El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente aunque no sea la mesa de entradas. Si el peticionante solicitare la

prescribe la obligación de publicar el contenido del artículo en las oficinas públicas. En esta se agrega un párrafo que se refiere al derecho a la información que le asiste al ciudadano y a la vez dicho recordatorio, significa también remarcar la obligación que le compete a la Administración de garantizarle la publicidad, en el sentido republicano, a la que sin dudas tiene derecho⁵⁷⁵.

La vista⁵⁷⁶ es un requisito liminar al derecho a la información y a la tutela judicial efectiva. E implica el acceso directo al expediente administrativo. Con el fin de clarificar podría diferenciarla de la notificación, en la medida que esta última tiene un criterio más restringido y -al mismo tiempo- diverso, desde que ella puede efectuarse por diversos medios (telegrama, carta certificada con aviso de retorno, cédula o por acceso directo al expediente). En este último caso, la notificación cumple una función similar a la vista; pero sus efectos se limitan solo al conocimiento del acto administrativo, no de todo el expediente. Obviamente es un concepto separado también de la vista o traslado procesal y de la vista del Fiscal de Estado⁵⁷⁷.

Por su vinculación con el derecho de defensa (especialmente el derecho a ser oído) el derecho administrativo español denomina a esta institución, bajo el nombre de “trámite de audiencia y vista⁵⁷⁸”. El alcance de la vista de las actuaciones comprende el derecho a consultar el expediente y copiar o fotocopiar todas sus partes. Pueden obtenerse también elementos que obren en la actuación como prueba, en copia y con cargo al interesado, siempre que no se altere su estado, a los fines de no desvirtuar su funcionalidad probatoria

fijación de un plazo para tomar vista lo hará por escrito y el plazo que se le otorgue no podrá ser menor a cinco días. La providencia que otorgue la vista se notificará personalmente o por cédula indicándose la oficina en que se encuentra el expediente, su ubicación y horario de atención. A pedido de todo interesado y a su cargo se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare.”

⁵⁷⁵ Suárez, Enrique L., Apostillas sobre la vista en las actuaciones administrativas (a propósito de la Ley 14.229 de la provincia de Buenos Aires, MJ-DOC-6792-AR | MJD6792, 14 de julio de 2014.

⁵⁷⁶ Gallegos Fedriani, Pablo Oscar, trabajo publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, 12 de agosto (IJ-LXXII-775).

⁵⁷⁷ Gallegos Fedriani, op.cit.

⁵⁷⁸ Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, t. II, Abeledo Perrot, pp. 327, 328.

en aras de optimizar la actividad administrativa en pos del desarrollo del iter procedimental⁵⁷⁹.

Su necesidad resulta innegable ya que sería imposible dar respuesta a una imputación o planificar algún reclamo o un recurso, seleccionando la prueba a ofrecer, sin conocer lo actuado en el expediente administrativo. El acceso al expediente puede solicitarse y otorgarse de manera absolutamente informal porque es automático, no hace falta resolución expresa y procede en todas las etapas de las actuaciones. Sin embargo la Administración, siempre que lo funde adecuadamente, puede disponer la reserva de las actuaciones.

Problemática específica.-

Hasta aquí la comprensión del tema no ofrece mayores inconvenientes. Me referí conceptualmente a la vista del expediente y a que ella puede producirse en todo momento y etapas, salvo excepciones (la reserva fundada de las actuaciones). O sea que, de cumplirse la ley, no podría generarse ningún inconveniente serio para el requirente.

El pedido de vista de las actuaciones es un acto de defensa. Y lo es por varias razones, por ejemplo porque no puedo defenderme correctamente de lo que se me acusa si no conozco en detalle la imputación. Porque integra el concepto de debido proceso adjetivo, a ser oído, una garantía que se amalgama con la facultad de conocer la conducta que se me endilga. Y porque así lo quiso el constituyente de 1994 cuando incluyó el artículo 15 como garantía de tutela continua y efectiva en todo proceso judicial o procedimiento administrativo.

Ello me lleva entonces a una mental pregunta retórica ¿porqué entonces deberíamos preocuparnos si es tan claro el derecho?

Es que el problema, sin embargo, aparece cuando conjugamos el instituto de la vista con el de los plazos. Como sabemos, los plazos en el procedimiento administrativo son por regla

⁵⁷⁹ Hutchinson, Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 268, 269.

prorrogables y no perentorios, salvo claro está a la hora de interponer los recursos⁵⁸⁰. Si nos ubicamos justo a esa hora y pedimos vista del expediente, incluso concedida, si no tiene ese pedido una eficacia suspensiva o interruptiva del plazo para interponer el recurso, será como una “verdad de Perogrullo”: Pido vista, se me concede, el plazo recursivo continúa y cuando presento el recurso, lo rechazan por extemporáneo. He aquí el quid de la cuestión.

Al instituto, aunque aparezca normativamente claro, no es común verlo reconocido. Así, incluso frente a una norma indiscutible como la del art. 76 del decreto 1759/72⁵⁸¹, reglamentario del dec.ley 19.549 de procedimiento administrativo federal, se puede ver un fallo muy reciente donde la Corte Suprema de Justicia Nacional explicita la plena operatividad y necesaria observancia de las normas que prescriben el efecto suspensivo de los plazos impugnatorios, como derivación de la solicitud de vista de las actuaciones administrativas (in re “Ramos Martínez”, del 24 de mayo de 2016, Causa FCB 017962/2013/CS001⁵⁸²).

Con mayor razón preocupa entonces en el ámbito de la Provincia más grande y poblada del país. Porque el derecho está reconocido de manera fallida, incluso luego de la reforma de 2011⁵⁸³ e inmerso en un decreto ley que tributa a los defectos propios de una norma que,

⁵⁸⁰ Art. 74: “Exceptúase de lo dispuesto en los artículos anteriores los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, los que una vez vencidos hacen perder el derecho de interponerlos. No obstante, todo recurso interpuesto fuera de término será considerado por el órgano superior y si importa una denuncia de ilegitimidad se sustanciará, pudiendo éste revocar o anular el acto impugnado.”

⁵⁸¹ Art. 76: “Suspensión de plazos para recurrir. Si a los efectos de articular un recurso administrativo la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto, en base a lo dispuesto por el artículo 1, inciso e), apartados 4 y 5, de la ley de procedimientos administrativos. La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista. En igual forma a lo estipulado en el párrafo anterior se suspenderán los plazos previstos en el artículo 25 de la ley de procedimientos administrativos.” (Artículo sustituido por art. 1° del Decreto N° 1883/1991 B.O. 24/9/1991.)

⁵⁸² Completar y ampliar en el esquema federal en Espinoza Molla, Martín R-, “La Corte Suprema explicita la plena operatividad y necesaria observancia de las normas que prescriben el efecto suspensivo de los plazos impugnatorios como derivación de la solicitud de vista de actuaciones administrativas.” Revista Jurídica La Ley – Suplemento de Derecho Administrativo - Director: Agustín Gordillo - Septiembre de 2016 – (La Ley 2016-E, pág. 4/6).

⁵⁸³ Ley 14.229, que modifica el artículo 11 del dec.ley 7647, promulgación decreto 17/11 del 7/1/11 y publicación del 25/1/2011 en BO. N° 26521 (SUPLEMENTO), que quedó redactado de la siguiente manera:

como decimos en clase para que el alumno lo entienda, sufre de una “vejez prematura”, ya que fue un gran avance en los primeros veinte años, de hecho sobre esa base se constituye el decreto ley nacional, pero hoy no reconoce la amplitud que precisa el acceso al expediente, ni siquiera de la manera en que lo hace el decreto ley federal (que, dicho sea de paso, también precisa urgentes reformas).

Preocupa asimismo porque tratándose de una norma que regula las relaciones de los ciudadanos con la Administración sin necesidad de patrocinio letrado⁵⁸⁴, no tiene previsto un mecanismo ágil y seguro para que nadie quede desamparado.

A menos de tres años del ingreso a la segunda década del Siglo XXI, en el mundo de las bitcoins, blockchains, notificaciones y expedientes electrónicos, o firma digital, no debiéramos privarnos como sociedad civil, del logro de un acceso asegurado a nuestros requerimientos frente al Estado.

Llegados a tal punto, tener o no tener razón en el reclamo pasa a un segundo plano, cuando lo que no tenemos es un acceso asegurado y adecuado al procedimiento administrativo, sea en clave individual o colectiva⁵⁸⁵. Porque el contacto con la Administración es permanente, ya que fluye desde el acta de nacimiento hasta la defunción y porque en ese trajín de vida, es muy posible que si no tenemos un accidente, una mala relación laboral o un divorcio, jamás concurramos a la sede judicial. Siempre digo que mi padre fue un hombre simple, nunca tuvo un caso judicial, hasta su muerte, recién luego de ella los hijos tuvimos que hacer la sucesión y él tuvo entonces su, póstumo, “day in court”.

“Artículo 11 - La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante tendrán acceso al expediente durante todo su trámite, pudiendo, a su cargo, copiar o fotocopiar todas sus partes. El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoría. El párrafo anterior del presente artículo será exhibido en todas las reparticiones de la Administración centralizada, descentralizada y entes autárquicos al público”.

⁵⁸⁴ El destacado es propio.

⁵⁸⁵ Recomendando la lectura del trabajo de Villafañe, Homero M., Procedimiento administrativo en clave individual y en clave colectiva, publicado en la Revista ADACiudad, versión digital, diciembre de 2016.

Debe interpretarse entonces que cuando la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁸⁶ (conf. “Herrera Ulloa” y varios fallos más de la C.I.D.H.⁵⁸⁷), se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

Remarco que la vista es un acto de defensa y que integra por tanto el debido proceso adjetivo, no pueden quedar dudas sobre ello en una futura reforma legislativa. En el comentado⁵⁸⁸ fallo “Müller⁵⁸⁹”, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires define al debido proceso "como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos". Y ya antes había señalado el supremo tribunal provincial que “El principio del debido proceso en el procedimiento administrativo veda la adopción inaudita parte de decisiones que afecten la esfera de intereses de los individuos⁵⁹⁰”.

Antes de este fallo la Suprema Corte negaba efecto suspensivo al pedido de vista sumando cuatro razones⁵⁹¹: 1) El principio de libre acceso al expediente del art. 11 del dec.-ley 7647/70 que hacía presumir que el interesado lo conocía o que de no ser así era responsable de su propia conducta omisiva; 2) La falta de norma que establezca dicho efecto suspensivo; 3) La ausencia de alegación y prueba de la existencia de circunstancias que impidieron tomar la vista y 4) la perentoriedad del plazo para recurrir establecida en el art. 74 del citado dec.ley⁵⁹².

El fallo Müller.-

⁵⁸⁶ Los cita Gutiérrez Colantuono, Pablo A., Justo, Juan B. (Colaborador), en Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 67, por ejemplo los casos “Panel Blanc”; “Lori Berenson” y “Mejía”.

⁵⁸⁷ Ampliar en Botassi, Carlos A., Debido proceso, fuentes supranacionales y procedimiento administrativo, Revista La Ley, 10/03/2015, 5.

⁵⁸⁸ Botassi, op.cit.

⁵⁸⁹ Voto del doctor Hitters en causa A. 70.399, sent. de 10 de diciembre de 2014.

⁵⁹⁰ Conf. causa B. 65.932, “Curone”, sent. del 3-V-2006.

⁵⁹¹ Conf. causa B. 49.555, “D'Ambar S.A.”, sent. del 28-XII-1995.

⁵⁹² Botassi, op.cit.

Es un fallo de 2014 que fue seguido por “Busto” y “Gutierrez”⁵⁹³ en 2015, de los que por razones de espacio solo me permito recomendar su atenta lectura. En la causa que nos ocupa, se trató de una solicitud de reconocimiento de horas extras que terminó configurando “el caso” que todo juez desea cuando se impone modificar alguna doctrina. El actor planteó la nulidad de la notificación de la resolución que lo agravaba y pidió el acceso al expediente con suspensión de los plazos. La autoridad notificó de nuevo, esta vez en legal forma, el acto referido e hizo lugar a la vista; nada dijo expresamente sobre la suspensión aun cuando refirió que debía “acogerse el punto III del reclamo”, que la contenía. Practicada la vista, el actor recurrió la resolución dentro del término legal contado desde la fecha de dicha diligencia, pero la Administración computó el término a partir de la notificación válida del acto impugnado y desestimó el recurso. Llegó a la instancia extraordinaria con inadmisibilidad de la pretensión en ambas instancias anteriores.

En su voto el doctor Soria señaló: “A la Administración solo le importó constatar si desde que el acto fue notificado ha vencido el plazo. El tiempo que llevara conferir la vista, ni las fechas de su solicitud y su realización, ni el modo como se exteriorizó, cuentan. Con olvido de su finalidad genuinamente asociada al respeto por la defensa de los derechos en sede administrativa (art. 15, Const. pcial.), el criterio y el corolario señalados adjudican a la facultad de acceso al expediente un cometido de acentuada futilidad: permitir una información que luego no se podrá hacer valer o cuando ya no servirá”.

Con respecto a la buena fè, el doctor Soria destacó que en el caso el mismo reclamo contenía la formulación del pedido de vista con suspensión de los plazos. “(N)o cabía entonces otro comportamiento válido que aceptarla con ese alcance. Ello era presupuesto del acceso eficiente y no ilusorio a la vista; así se lo había requerido y además era lo único que correspondía por el momento en el que se posibilitó el examen del expediente (una vez transcurrido el término recursivo)”.

El recurrente denunció y demostró el intento de la Administración de posar sobre él la carga de acreditar algo innecesario y extremadamente difícil, “sin advertir que esa traslación del centro de gravedad del problema planteado en autos carece de sostén normativo, lesiona el debido proceso adjetivo y desvirtúa el régimen del art. 11 del decreto

⁵⁹³ “Busto”, causa B. 63.949, y “Gutierrez”, causa A. 71.230, ambas del 15 de julio de 2015.

ley 7647/1970 (...); mientras que el doctor Hitters señalaba que “el debido proceso adjetivo supone el completo conocimiento de los antecedentes por parte del afectado, a efectos de poder formular una adecuada defensa de sus derechos e intereses”. Y que no podría considerarse ajustado al debido proceso, “(a)l principio de la “buena fe”, a la “confianza legítima” que la Administración concediera la vista de las actuaciones una vez vencido el plazo para recurrir, para luego sostener que -por tal razón- el recurso es inadmisibile; tampoco lo sería que la facilitara faltando un plazo exiguo para el vencimiento del previsto para la interposición del recurso, porque de tal modo no garantizaría la participación efectiva y útil del interesado”.

Y terminó, Hitters, por destacar que incluso en la Provincia de Buenos Aires hay normativas que la disponen, como el art. 104 del decreto 4161/1996, reglamentario de la ley 10.430, en relación a la impugnación de sanciones disciplinarias edicta que *“II. En los casos que para fundar un recurso se pida vista de las actuaciones, automáticamente se operará la suspensión de los términos recursivos, desde la fecha de la solicitud hasta que la vista sea otorgada”*; el Estatuto del Docente, ley 10.579 dispone que: *“Todo docente o su apoderado legal tendrá derecho a solicitar por escrito vista de las actuaciones o antecedentes ante el funcionamiento que efectúe la notificación, antes de interponer los recursos mencionados en los artículos 157 y 158. En caso de que el docente haga uso de este derecho, el plazo para presentar el recurso se interrumpirá en el momento de presentar la solicitud y continuará al día siguiente de concedida la vista...”* (art. 164, primer párrafo); y el Reglamento de Disciplina para el Personal del Banco Provincia en el art. 171 establece: *“Si se pidiere vista de las actuaciones para fundar un recurso, se suspenderán automáticamente los términos recursivos desde la fecha de la presentación de la solicitud hasta la fecha de notificación del otorgamiento de la vista”*.

Inicio o reinicio del cómputo del plazo una vez concedida la vista.-

Ahora bien, comparadas más arriba las (im)previsiones de las leyes 14.224 y 14.229, he revisado antiguos proyectos que en algún caso proponían que el cómputo continúe y otros que adscriben a la idea del reinicio del plazo.

Entiendo que “en la medida que no se lesionen derechos de terceros” (conf. art. 73, dec.ley 7647/70) podría reiniciarse el cómputo, ya que como señaló el doctor Hitters en el fallo “Müller”, no insumiría más que unos pocos días, de conformidad con lo normado por el art. 77 del dec.ley 7647/70⁵⁹⁴, en cuanto a plazos generales con que cuenta la Administración para dictar providencias, que no sería de más de tres días, plazo que asimismo es el que podría ofrecerse a la hora de efectivizar la vista.

Las fórmulas en tal sentido pueden variar, porque lo importante es que satisfagan los principios de buena fe y el comportamiento leal de la Administración, debería quedar claro asimismo que el pedido de vista suspende automáticamente, desde su interposición, el plazo para recurrir en sede administrativa o judicial, cuyo cómputo continuará a partir del día siguiente de la toma de vista o de finalizado el plazo previsto al efecto. O en su variante mas justa a mi modo de ver, que la propuesta disponga que el pedido de vista realizado por escrito suspende el plazo para recurrir, el que comenzará a computarse nuevamente a partir del día en que se tomó vista o una vez transcurridos los días previstos al efecto.

Y todo ello, obviamente, sin dejar de considerar que como señalamos más arriba, en el propio ámbito provincial hay normativa específica que ya lo contempla, aunque en materia disciplinaria, como es el caso del art. 104, dec. 4161/96, reglamentario de la ley 10.430, de empleo público provincial; el 164 primer párrafo, de la ley 10.579 (Estatuto del Docente); y el 171 del Reglamento de Disciplina del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Por lo demás, es necesario repetir que “si la preocupación fuese el impacto negativo que pudiese tener dicho reconocimiento en el interés público, basta con señalar que la celeridad con que se resuelva el pedimento depende enteramente de la Administración, no pudiendo insumir más que unos pocos días⁵⁹⁵”.

⁵⁹⁴ Art. 73: Si los interesados lo solicitan antes de su vencimiento, la autoridad administrativa interviniente podrá conceder una prórroga de los plazos establecidos en esta Ley o en otras disposiciones administrativas, siempre que con ello no se perjudiquen derechos de terceros.

⁵⁹⁵ Del voto del doctor Hitters en “Muller”, cit., en referencia al artículo 77, incs. b] y c], del decreto ley 7647/1970.

Conclusiones.-

Ninguna circunstancia debe alterar los principios de buena fe, ni los deberes de lealtad y confianza, derivados de aquél principio, en el ejercicio del poder jerárquico y organizacional⁵⁹⁶, más aún cuando se podrían ver afectados derechos constitucionales de los particulares, meros colaboradores de la Administración a la hora de confluir en el interés público.

En tal aspecto, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado”, pues “resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro⁵⁹⁷”.

Me pregunto entonces cuales son los desafíos actuales de la Administración Pública frente a las complejas realidades de nuestra Provincia de Buenos Aires. Sin dudas estarán vinculados a la aplicación efectiva de sistemas de boletines oficiales digitales y a las iniciativas de mejora regulatoria para la transparencia administrativa con previsibilidad jurídica. También al aporte de un sistema de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires (GDEBA), con acceso simple para cualquier ciudadano, caminando aunque sea lentamente pero a paso firme, hacia la despapelización de la Administración Pública, con nuevos paradigmas de los procesos legislativos pero al mismo tiempo con visiones de inclusión, transformación y capacitación en el empleo público.

Para poner en práctica y en movimiento a una Administración como la de esta compleja provincia, también es plausible poner en marcha las obras públicas y en tal sentido puede avanzarse con el aggiornamiento o nueva ley de obras públicas, las emergencias declaradas

⁵⁹⁶ González Pérez, Jesus, El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pp. 121, 122.

⁵⁹⁷ Fallos 315:158, citado por Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T° 3, 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2004.

por ley van en ese sentido pero solo podemos considerarlas para el “mientras tanto”, logrando así impedir otro mal de nuestro tiempo, que queden incorporarlas a la legislación por el solo paso del tiempo.

Hay otras normas y programas como el de modernización del estado que ya son una realidad, podemos señalar en tal sentido el nuevo decreto de contrataciones 1300/16, que aprueba la reglamentación de la ley 13.981 que data de 2009, sobre compras, contrataciones, implementación de sistemas electrónicos, transparencia y publicidad; o la reciente ley 14.920 de adhesión al régimen nacional de contratos de participación público privada; también la digitalización de las partidas y su acceso vía internet para pedir las al registro de las personas, junto a las crecientes posibilidades de comenzar y finalizar trámites por internet, incorporando aplicaciones como la que permite denuncias en comisarías, pedir turnos en oficinas públicas o efectivizar rápidamente el estacionamiento medido o conocer los horarios de arribo a paradas de los ómnibus locales. Como puede observarse las posibilidades son infinitas frente al incesante avance tecnológico.

Al mismo tiempo existen cuestiones centrales para lograr una administración ágil, que escapan a este trabajo pero se relacionan directamente con los principios de buena fe y el derecho humano a la buena Administración, en cuanto a temas que también pueden incluirse, haciendo recortes de la realidad administrativa provincial, como este mismo de la vista o los plazos; las notificaciones; el sistema recursivo; el dictamen jurídico previo como elemento esencial del acto administrativo; la intervención clara, precisa y efectiva de los organismos de control y asesoramiento; el debido proceso frente a las fuentes supranacionales; la legitimación en el procedimiento administrativo, incluso en el esquema colectivo, donde se necesita superar las restricciones normativas y jurisprudenciales; o la relación del procedimiento administrativo con la teoría del acto administrativo.

Todos estos temas pueden estar incluidos en una futura, pero no por ello postergable, nueva Ley de Procedimientos Administrativos, que pueda trabajarse en conjunto con miembros del Estado provincial, funcionarios y académicos, como se hizo en su momento con la ley 12.008 y que hoy aún encuentra sustento en el decreto 1044/10 que creó la “Comisión para el Estudio y Análisis del Decreto-Ley Nº 7647/70 y modificatorias”, “(c)on el objeto de realizar un examen integral de las normas que regulan el procedimiento administrativo en el ámbito provincial y elevar al Poder Ejecutivo una propuesta de las

reformas legislativas y reglamentarias que resulten necesarias y convenientes introducir en el ordenamiento jurídico provincial”.

Para lograrlo intuyo que solo necesitamos legisladores comprometidos con el proyecto, con el cambio de mentalidad que se impone y que sean capaces de legislar sobre reglas, no sobre excepciones.-

COMUNICACIÓN
Y EDICIONES PROPIAS
EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata