

Derecho Público

AÑO III NÚMERO 8

Directores: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

AÑO III - NÚMERO 8

Derecho Público

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN 2250-7566
Revista Derecho Público
Año III - N° 8 - agosto 2014
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Directora: María Paula Pontoriero
Directores Editoriales: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Público y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gob.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Directores

Liliana Costante - Gustavo Szarangowicz

Secretarios de Redacción

Lucía Scheinkman - Cristian A. Perković

Colaboradores

Consejo Académico

Víctor Abramovich

Víctor Bazán

José Manuel Benvenutti

Roberto Boico

Matilde Bruera

Néstor Cafferatta

Rubén Calvo

Walter Carnota

Rodrigo Cuesta

Sergio Díaz Ricci

Eduardo Emili

Aníbal Faccendini

Raúl Gustavo Ferreyra

Ana Figueroa

Alberto González Arzac

Eduardo Jiménez

Eduardo Lapenta

Claudio Luis

Laura Monti

María Teresa Moya

Verónica Piccone

Beatriz Rajland

Patricio Sammartino

Eduardo Tavani

Guillermo Treacy

Juan Carlos Vega

Juan Wlasic

Editorial

En esta edición se publica un excelente estudio sobre la Constitución de 1949, realizado por E. Raúl Zaffaroni, en el que se efectúa un recorrido histórico sobre la coyuntura de su surgimiento y posterior anulación por parte del gobierno cívico-militar que, en septiembre de 1955, usurpó el poder del Estado. En este sentido, señala el intento por borrar la Constitución de 1949 de la historia. El autor analiza la personalidad y las obras más importantes del autor intelectual del texto constitucional, el Dr. Arturo Enrique Sampay. Entre los pilares de la Reforma se destacan la amplia posibilidad de intervención del Estado en la economía y el reconocimiento de derechos sociales y culturales.

La contribución de Jorge Francisco Cholvis concibe la Constitución como un instrumento político que institucionaliza, con el más alto rango normativo, un Proyecto de Nación. Partiendo de esta base, se cuestiona la real aptitud de la Constitución vigente para reflejar los principios y objetivos que rigen la vida de la Nación hoy en día, estipulados en la época neoliberal de los noventa que evidenciaron perjudiciales consecuencias para el país y su pueblo, destacando la necesidad de una nueva Constitución que resulte verdaderamente representativa de los principios actualmente predominantes en nuestra sociedad, con arreglo al modelo de desarrollo social y económico autónomo impulsado en los últimos años, entre los que se destacan la defensa de los derechos humanos y del derecho a la verdad, la política en favor de la intervención del Estado en la economía para morigerar las desigualdades sociales, la igualdad de oportunidades en la educación, la creación de fuentes de trabajo y la efectivización de derechos laborales, así como también la protección en seguridad social desde el comienzo de la vida.

En distintos números de esta revista (desde el prólogo del n° 1 y sucesivos artículos de Costante —n° 2—; Barcesat, Corti, y Araujo y Torres —n° 3—; Kupelian y Rivas —n° 7—; entre otros), sostuvimos la nulidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción en favor de tribunales judiciales y arbitrales extranjeros (arts. 27 y 116 CN y reserva al art. 21 del Pacto de

San José de Costa Rica), así como la nulidad de sus pronunciamientos vi- ciados por mediar cosa juzgada fraudulenta a su respecto. Finalmente, el reciente, deplorable y arbitrario fallo del juez Griesa, que acredita un ca- bal desconocimiento del derecho y orden público nacional e internacio- nal, exige la inmediata declaración legislativa de nulidad de dichas cláu- sulas (insertas en leyes, tratados bilaterales de protección de inversiones —TIBs—, decretos y contratos) a fin de restablecer la soberanía nacional y la recta interpretación de juristas patriotas: Carlos Calvo, José Nicolás Matienzo, Juan Álvarez, los entonces jueces de la CSJN, en el caso “Compte c/Ibarra”, Antonio Sagarna, Luis Linares, B. A. Nazar Anchorena y Juan B. Terán, Arturo Enrique Sampay, Carlos S. Fayt (“La Constitución Nacional y los tribunales in- ternacionales de arbitraje”, La Ley, 1997) y Alfredo Eric Calcagno, entre otros.

En esta línea argumental anticolonial, esta edición incluye la declaración emitida por la Asociación Argentina de Juristas —rama argentina de la Asociación Americana de Juristas— repudiando la resolución de la Corte Su- prema de Estados Unidos que rechazó el tratamiento de la apelación del Estado argentino al fallo del juez Thomas Griesa, que condenó a nuestro país al pago de los bonos del megacanje en poder de los fondos buitres. En esta declaración se destaca que no se deben acatar los fallos de ningún juez extranjero en causas en las que la contraparte del Estado Nacional sea una persona o sociedad privada, por resultar violatorio de principios de derecho público nacional e internacional. Agregando el documento que la CSJN ex- presó en la sentencia dictada, con motivo de la demanda interpuesta por Claren Corporation, de que las leyes que ordenaron el diferimiento del pago de los títulos de la deuda forman parte del orden público del derecho argentino, por lo que, de acuerdo a los normas procesales, se ve impedido el *exequatur* (reconocimiento de sentencias extranjeras).

En este sentido, la Asociación entiende que todos los poderes del go- bierno argentino tienen la enorme responsabilidad de tomar una posición inoclaudicable frente a esta nueva forma de expoliación y sometimiento de la economía y la política de un país en proceso de desarrollo integra- do, inclusivo y autónomo, adoptando medidas que preserven la soberanía nacional y aseguren el avance, por encima del nivel ya alcanzado, de los derechos económicos y sociales.

En el discurso pronunciado en el Ciclo de Conferencias Internacionales “Evolución del Derecho Administrativo”, en el marco de la celebración

por los 150 años de la creación de la Procuración del Tesoro de la Nación, Eduardo Barcesat se refiere a la conmemoración de los 30 años del inicio de la transición democrática argentina, y se pronuncia, principalmente, sobre la temática de los fenómenos y procesos usurpativos que atacaron el Estado de derecho en dichos años. Aborda también la problemática que suscita la titularidad meramente formal de los pueblos de América Latina sobre sus recursos naturales, fácticamente condicionada a la dependencia de empresas monopólicas transnacionales y bases militares, cuestión que impide llevar a cabo un proyecto de autodeterminación e independencia económica de esos pueblos. Para concluir, Barcesat ahonda en la noción de “política de derechos humanos”, destacando la necesidad de tomar una postura que no se limite a reconocer su titularidad formal sino que, además, garantice su real efectividad.

En el mismo contexto, la Sra. Procuradora del Tesoro de la Nación, Dra. Angelina Abbina, se centra en la aplicación del derecho público interno por los tribunales internacionales en litigios contra el Estado. Destaca que, en el caso de la República Argentina, la experiencia en dicha materia se registra mayoritariamente en los casos arbitrales tramitados en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Asimismo, acentúa la importancia que presenta el derecho interno tanto en la aplicación como en la interpretación de los TBI, cuyas cláusulas de prórroga de jurisdicción censuró por encontrarse en pugna con los arts. 27 y 116 CN.

Leandro Ferreyra y Leandro Salgan Ruiz plantean los posibles cambios que traería aparejada la factible sanción del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el ámbito del derecho administrativo. En este contexto, Ferreyra propone el análisis de la problemática que suscita la regulación de la responsabilidad estatal y responde al interrogante acerca de si corresponde al Congreso de la Nación tratar esta materia, incorporándola al derecho común, o si esta resulta exclusiva de la competencia de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Lo propio hace Salgan Ruiz, preocupándose, además, por los efectos que traerán tanto la mencionada Reforma como el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad del Estado, utilizando como base la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia.

El artículo de la Dra. Laura Monti abarca la temática de la habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal, más precisamente,

dos de sus requisitos más controvertidos y cuestionados: el agotamiento de la vía administrativa previa y el respeto de los plazos judiciales de caducidad para interponer demandas o recursos contra el Estado. Analiza, a su vez, la compatibilidad de tales requerimientos con el derecho a la tutela judicial consagrado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, en cuanto ordena “afianzar la Justicia” y en su art. 18, así como también en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

El licenciado en economía Jorge Gaggero analiza el sistema fiscal federal argentino y reconoce en él graves desbalances. En consecuencia, se pronuncia firmemente a favor de una reforma que, desde un punto de vista práctico, debería materializarse en correcciones transitorias viables hasta que estén dadas las condiciones para una modificación profunda e integral. El autor sostiene que esta necesaria renovación permitiría completar el proceso de descentralización federal, avanzando en el campo tributario y mejorando de modo sustancial la coordinación entre los distintos niveles de gobierno.

Ana María Figueroa y Juan Carlos Wlasic desarrollan temas que, desde distintas ópticas, vinculan nuestro derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Figueroa desarrolla un análisis de la incorporación de la perspectiva de género y la búsqueda de la igualdad real entre hombres y mujeres en el derecho local y su evolución en el marco del nuevo paradigma de los derechos humanos. Por su parte, Wlasic dedica su artículo al estudio del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios sobre la base del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, para luego realizar una comparación con las disposiciones propuestas por el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y otras modificaciones aprobadas por el Senado relativas a la materia.

El trabajo de Aníbal Faccendini analiza la pobreza mundial señalando que la miseria es un producto social humano, una construcción que no proviene de la naturaleza. En este sentido, el autor enuncia 12 principios relativos a esta concepción global de la pobreza, a la vez que propone diferentes objetivos a ser alcanzados con miras a lograr su erradicación.

Finalmente, Antonio Martino analiza la importancia legislativa que tiene, a nivel mundial, la promulgación del Digesto Jurídico Argentino. En este sentido, el autor desarrolla el proceso de formación de tan importante hito, puntualizando que desde la ley 24.967 hasta la sanción del Digesto

han pasado dieciséis años. Martino destaca la gran labor realizada en el Digesto que permitió que de las 32.000 leyes (y decretos de necesidad y urgencia) sancionados entre 1852 y nuestros días, queden en vigor solamente 3351 leyes, atribuyendo dicho logro a un trabajo exhaustivo y extendido en el tiempo, así como a la actividad desplegada por los Órganos Legislativo y Ejecutivo del Gobierno Nacional.

En definitiva, el lector podrá acceder a distintos trabajos con la mira puesta en el desarrollo económico con justicia social, con soberanía legislativa y judicial, en el marco de un Estado constitucional, social y democrático de derechos económicos, sociales y culturales para todo el pueblo sin exclusiones.

Este ejemplar de la *Revista de Derecho Público* se edita en momentos en que la Nación Argentina sufre un embate concertado de tenedores de bonos no re-estructurados —fondos buitres y *holdouts*—, que pone en peligro el proceso económico y político institucional encarado por el Gobierno con sentido nacional, custodiando las necesidades e interés de las grandes mayorías del pueblo argentino. La Dirección de la *Revista de Derecho Público* se solidariza con las medidas adoptas por el Gobierno Nacional, condena las presiones despreciables del capitalismo financiero internacional y formula un llamamiento para que la Nación Argentina recupere, definitivamente, su soberanía legislativa y jurisdiccional en todo cuanto concierne a su derecho a la independencia económica.

Los directores

Índice General

Doctrina

p. I

Estudio sobre la Constitución de la Nación Argentina de 1949 por E. RAÚL ZAFFARONI.....	p. 3
Ciclo de Conferencias Internacionales: “Evolución del derecho administrativo”.	
Palabras de apertura por ANGELINA ABBONA.....	p. 21
Ciclo de Conferencias Internacionales: “Evolución del derecho administrativo”.	
El Estado y los desafíos políticos institucionales del siglo XXI por EDUARDO BARCESAT	p. 31
Proyecto Nacional y Constitución. Normas de política económica constitucional	
por JORGE FRANCISCO CHOLVIS.....	p. 47
La propiedad comunitaria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su evolución y comparación con el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado y la media sanción del Senado nacional	
por JUAN C. WLASIC	p. 83
La ilegalidad de la pobreza y el derecho público al bien común	
por ANÍBAL IGNACIO FACCENDINI	p. 95
Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina	
por ANA MARÍA FIGUEROA.....	p. 101
El federalismo fiscal argentino: un “nudo gordiano” difícil de desatar	
por JORGE GAGGERO.....	p. 123

ÍNDICE GENERAL

Algunas observaciones sobre el Digesto Jurídico Argentino p. 135
por ANTONIO A. MARTINO

Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal p. 167
por LAURA MONTI.....

Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local p. 177
por LEANDRO E. FERREYRA.....

La responsabilidad patrimonial estatal como principio del Estado constitucional y social de derecho. Nuevas consideraciones sobre el Proyecto de Ley p. 247
por LEANDRO G. SALGAN RUIZ

Documentos anexos p. 273

Declaración de AAJ ante la pretensión de los jueces estadounidenses de suprimir la jurisdicción judicial argentina p. 275

Fuentes citadas p. 281**Índice temático** p. 287



Doctrina



Estudio sobre la Constitución de la Nación Argentina de 1949⁽¹⁾⁽²⁾

por E. RAÚL ZAFFARONI⁽³⁾

I | Motivos y pretextos

El curso real de los acontecimientos en el tiempo no es la historia, sino el material en que se halla la *res gestae* que pervive en sus consecuencias presentes.

El buceo en ese curso es tarea del historiador, de quien escribe la historia. Al respecto suele decirse que la historia la escriben los vencedores, lo que en ocasiones es cierto, aunque aun en esos casos a los vencidos les queda la posibilidad de rescatar su versión y generar el debate, que es siempre inevitable y también plausible.

La interpretación propia del hecho histórico es una ineludible consecuencia de la condición humana y en modo alguno puede ser en sí misma una falta, aunque cierta arbitrariedad valorativa sea condenable.

(1) Artículo publicado en la edición especial en conmemoración por el aniversario 60º de la promulgación de la Constitución de 1949, por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en el año 2009.

(2) Un reconocimiento a la Señora Delia Lidia Olivera por su generosa colaboración.

(3) Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

El poderoso que pretende dominar la historia no interpreta, sino que su pecado consiste en la insensatez de querer borrar un tramo de tiempo, hachar su continuidad, interrumpir su fluir, sepultar un pedazo de la historia en el silencio. No ataca a la historia, sino al tiempo. Es la insólita y absurda venganza del vencedor, porque —como decía Nietzsche, que tantas cosas dijo pero en algunas acertó— la venganza siempre lo es contra el tiempo, hunde su raíz en que no es posible hacer que lo que fue no haya sido. El insensato vencedor, enceguecido contra el tiempo, pretende despedazarlo.

Nada de lo que fue puede dejar de ser y su olvido solo resulta en incomprendimiento del presente, pues pierde el sentido de los acontecimientos que siguen su curso y en el que siempre estamos inmersos; lanzados a su dinámica aunque en condiciones de influir sobre ella.

A la Constitución de 1949 se la quiso borrar de la historia. El pecado no consistió en criticarla u objetarla, sino en pretender borrarla. Por primera vez en la historia patria un decreto emitido en función de pretendidos poderes revolucionarios, derogó una Constitución Nacional y constituciones provinciales, trascendiendo en mucho su sentido meramente fáctico para hacerle adquirir la dimensión de una tentativa de ruptura del tiempo. Otras aberraciones se habían cometido —y no pocas— pero esta trasciende su propio alcance inmediato y proyecta su sombra nefasta sobre las décadas posteriores.

La objeción formal que le sirvió de pretexto fue el defecto de votos en el ejercicio del poder preconstituyente. El vocero de esa objeción en la Asamblea de 1949 fue Moisés Lebensohn, inteligente y progresista político radical hoy injustamente olvidado. La erudita respuesta de Sampay a esta objeción y su detenido análisis del art. 30, remontándose a los antecedentes y doctrina norteamericanos puede discutirse, pero no puede depreciarse ni ignorarse.

Pero la flagrante contradicción del poder de facto se puso de manifiesto cuando el mismo poder que la borraba alegando defecto de votos populares en su convocatoria, sin ningún voto popular se atribuyó el poder preconstituyente que nadie le había concedido y convocó a una reforma en 1957. Lebensohn había muerto, pero su sector político denunció el abuso y acudió a las elecciones para hacer fracasar la reforma. La mayoría del pueblo —con el justicialismo proscripto y prohibido por decreto de increíble contenido— dividió sus votos entre la fuerza a la que había pertenecido Lebensohn y en blanco. La reforma nació muerta y solo logró aprobar el

llamado art. 14 bis y el 67, inc. 11. El presidente de la Asamblea inconstitucionalmente convocada y que había quedado en minoría por retiro de la mayoría de los diputados, comunicaba esa reforma al gobernante de facto señalando: al gobierno presidido por V. E. cabrá para siempre el mérito de haber convocado a la Asamblea Constituyente que adoptara tal decisión.

El curso posterior de los hechos nos permite ver con claridad los reales motivos determinantes de la absurda tentativa de romper el tiempo. Sin deuda externa —o sea, sin necesidad ni urgencia—, de inmediato comenzó la suscripción de los instrumentos internacionales que sometieron nuestra economía al control hegemónico mundial y, a lo largo de los años, se fue atando el país a una deuda externa creciente y a los dictados de los órganos de poder del hemisferio norte, hasta llevarnos a la ruina, con las letales consecuencias sociales y políticas que todos conocemos.

No se pretendió derogar —y borrar— la Constitución de 1949 por defectos formales de convocatoria, por la reelección presidencial ni por cualquier otra razón semejante, que podrá seguir siendo materia de discusión técnica y política.

Más allá de todas las confusiones y desencuentros, de todas las críticas del momento histórico, de los errores y aciertos de uno u otro gobierno, el lector actual del texto de 1949 no tiene más que repasar con la mirada más somera sus arts. 38, 39 y 40 para descubrir la determinante de la pretensión de suprimirla de la memoria de todos los argentinos y para convencerse de que, al margen de la buena o mala fe o de la ingenuidad de muchos, su supresión autoritaria fue un capítulo más de una decisión hegemónica planetaria.

La Constitución de 1949 estaba en sintonía con el movimiento constitucional y legislativo propio de los primeros años de la posguerra europea y con sus antecedentes y repercusiones latinoamericanas.

El mundo de la última posguerra confiaba en evitar el caos que podía llevar a las aberraciones políticas de entreguerras mediante el progreso social, la ampliación de la base ciudadana real, la incorporación de las masas a la producción y al consumo, la asistencia y la previsión social, el fomento de la educación y de la cultura. Esa era la tónica del constitucionalismo europeo continental de posguerra y del *Full employment in a free society* de Beveridge en la Gran Bretaña que votaba al laborismo. Estados Unidos mismo continuaba en la línea del *New Deal*.

Lejos de la tesis del fundamentalismo de mercado, este mundo horrorizado por lo que acababa de vivenciar impulsaba la intervención económica del Estado para incentivar y redistribuir sobre la base de la equidad y la justicia social, en consonancia con reclamos de preguerra de Pío XI, coherentes con su advertencia frente al avance nazista en su encíclica *Mit brenender Sorge*.

En tanto la descolonización se imponía, Ghandi era un símbolo y un mártir, Gran Bretaña la asumía con cierta resignación, Francia la resistía, América Latina se inquietaba, pero sus países extensos (Méjico, Brasil y Argentina) defendían mediante gobiernos populares su independencia económica. Perón, junto con Lázaro Cárdenas y Getúlio Vargas, con diferencias propias de la idiosincrasia de sus pueblos, procuraban el desarrollo económico autónomo de la región.

Esta tendencia del mejor constitucionalismo de la época había tenido su inicio en América Latina y reconocía antecedentes en tiempos europeos de entreguerras. La consagración constitucional de los derechos que hoy llamamos económicos, sociales y culturales se inauguró en la Constitución mexicana de 1917, producto de una revolución y sancionada en medio de un país altamente convulsionado, que protagonizó la más cruenta guerra civil de la región en el siglo pasado. La Carta de Querétaro no incorporó estos derechos como resultado de una elaboración teórica previa, sino por reclamo de sus diputados obreros y campesinos, contra la opinión de los letrados, que alegaban que conforme a la técnica constitucional dominante debían ser materia de legislación ordinaria. Dos años más tarde surge en Europa con la Constitución del Reich del 11 de agosto de 1919 (*die Verfassung des Deutschen Reiches*). Es innegable la influencia del art. 7º de este texto en el art. 40 de 1949, pero más aun lo es la del art. 27 de la Constitución mexicana.

Un año y medio antes de la Proclama del 27 de abril de 1956, un balazo en el Palacio do Catete de Río de Janeiro resonó por todo el continente y señaló el comienzo del fin de una época para nuestra Región, preanunciando para nosotros el bombardeo y ametrallamiento de la Plaza de Mayo, la ejecución de prisioneros en función del mismo pretendido poder revolucionario, miles de detenciones a disposición del Poder Ejecutivo, la reapertura del penal de Ushuaia, exilios y asilos diplomáticos. En Méjico, terminó la era de los generales y comenzó la de los licenciados, erigiendo una máquina partidaria única casi perfecta, que conservó parte de su autonomía a costa de una fuerte represión interna.

Simultáneamente, una ideología extranjera simplista y grosera llegaba a nuestro país de la mano de una misión permanente que se instaló en el Ministerio de Defensa, envenenando la mente de nuestros oficiales militares. Nada teníamos que ver con el inútil y desgastante empecinamiento francés en sostener su colonialismo en Vietnam y en Argelia, pero esos militares colonialistas y sus teorías acerca de la guerra revolucionaria y subversiva entrenaban y asesoraban a nuestros oficiales, los llevaban a sus territorios colonizados, les mostraban sus atrocidades —hasta hoy impunes— y publicaban abiertamente su tesis en la Revista de la Escuela Superior de Guerra. Para ellos la realidad era guerra permanente entre Occidente y el marxismo, en la que de pronto estallaban brotes más violentos, pero que se libraba en el seno de las poblaciones y en la cual los nacionalismos, neutralismos y la propia democracia constituían un obstáculo. Por ende, sostenían una suerte de trotskismo invertido y simplificado para principiantes, conforme al que nada debía perturbar la lucha por la salvación de Occidente. Es sabido que terminaron intentando matar al Gral. De Gaulle y que su teoría y su jefe —el famoso Gral. Salam— fueron defendidos en una conferencia pronunciada en lo más profundo y oscurantista de la España franquista por el más connotado teórico político del nazismo —Carl Schmitt— en su famosa conferencia sobre la teoría del partisano.

Este simplismo colonialista, sometido todavía a otra simplificación, fue transferido a la Escuela de las Américas, desde donde se pervirtió a los oficiales militares de nuestra región, algunos de los cuales se dieron el lujo de teorizarlo.

De este modo fue como, desde la mitad de los años 50, el poder mundial fue adquiriendo otro rostro, que con el correr del tiempo sería mucho más siniestro. La Guerra Fría sirvió de pretexto para todo, no plegarse al dominio económico mundial, no entregar las riquezas, expresar cualquier resistencia autonómica frente al capital financiero internacional, significaba resistirse en la defensa de Occidente, plegarse al comunismo o, más sencillamente, convertirse en un idiota útil y obstaculizador al que era menester neutralizar o eliminar. Las dictaduras, las proscripciones, las torturas, los crímenes contra la humanidad, pasaban a ser detalles menores —quizá lamentables, pero inevitables— en la lucha frontal por la supuesta defensa de occidente. Fueron los efectos colaterales de la época.

Entre esta apertura de posguerra hacia un constitucionalismo generoso como proyecto de una humanidad mejor y su repliegue hacia un dominio

económico que arrasaría con todo obstáculo ético, se inscribe la Constitución de 1949 y se entiende tanto su surgimiento como la tentativa de borrarla de la historia.

Sin esta perspectiva mundial y regional nos enredaremos siempre en un complejo de datos locales, algunos folklóricos, casi todos discutibles, pero que nos impedirán comprender su verdadero significado histórico y recuperarlo para nuestra memoria como indispensable aporte de identidad que —como todo lo histórico— nos permita comprender mejor el presente y espiar algo del futuro. Recuperar la memoria importa en este caso curar la amnesia y cerrar la herida en el tiempo que, en definitiva, no fue tal, pues siempre que se quiere acuchillar al tiempo solo se hiere al ser humano.

2 | Personalidad de Sampay

Si bien la coordinación del proyecto del Poder Ejecutivo estuvo a cargo del Secretario de Asuntos Técnicos de la Presidencia de la Nación, Dr. José Figuerola, y comprendió el análisis de las principales constituciones del mundo, no cabe duda acerca de que la autoría intelectual de la Constitución de 1949 correspondió al Profesor Arturo Enrique Sampay. De allí que sea importante detenerse en la personalidad de este catedrático y en los puntos más importantes de su itinerario intelectual.

Sampay nació en Concordia en 1911 y cursó sus estudios secundarios en Concepción del Uruguay, en el histórico colegio fundado por Urquiza. En 1932 se graduó en la Universidad Nacional de La Plata y de inmediato viajó a Europa donde cursó estudios en Zúrich, Milán y París. Era hombre de gran formación clásica y filosóficamente identificado con el tomismo. Su originaria militancia política era radical, pero a partir de 1945 se acercó al peronismo, como muchos otros radicales. Desde 1944 ejercía la cátedra universitaria. Fue Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires en el gobierno de Mercante —que sería el presidente de la Asamblea Constituyente de 1949— pero su destacada actuación en esta, no le evitaron las intrigas internas que acompañaron el desplazamiento de Mercante y en 1952 emprendió el camino del exilio y se radicó en Montevideo, de donde no regresó al país sino hasta 1958.

Su obra máxima es la *Introducción a la Teoría del Estado*, en plena elaboración al tiempo que participaba en la Asamblea Constituyente y que pu-

blicó en 1951. Es difícil sintetizar esta obra, en especial por la familiaridad con que visita a los filósofos clásicos y a los del siglo XIX, como también a los teóricos modernos, constituyendo un intento crítico de las teorías idealistas del Estado para considerarlo en su realidad maquiavélica, pero superándola con apelación al realismo tomista y aristotélico.

En 1973 recuperó la cátedra y publicó una recopilación de trabajos bajo el título *Constitución y Pueblo*; en 1975 publicó *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, recopilación cuidadosa precedida de un interesante estudio preliminar y que contiene la documentación fundamental de la Constitución de 1949. En 1976 fue nuevamente privado de la cátedra por el golpe militar, pero de inmediato enfermó y falleció en La Plata el 1º de febrero de 1977.

La lectura de la obra de Sampay permite considerarlo un teórico original y profundo, inquieto, y con amplio dominio de la doctrina de su tiempo. Su crítica al liberalismo no lo enfrentó nunca al liberalismo político sino a sus consecuencias económicas, aunque recalcase que el liberalismo político rescataba sus raíces del cristianismo. En un pequeño opúsculo publicado en 1975 (*La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*) es posible captar sintéticamente este pensamiento en pocas páginas, donde con todo acierto subraya la función axial de este inteligente y original dispositivo.

En su obra póstuma se encargó de reseñar los objetivos de la reforma constitucional de 1949, que según sus palabras tendía: 1) a hacer efectivo el predominio político de los sectores populares mediante la elección directa del Presidente de la República y mediante la posibilidad de reelegir como presidente al jefe de esos sectores populares victoriosos, general Perón; 2) a estatizar los centros de acumulación y distribución del ahorro nacional, las fuentes de los materiales energéticos y los servicios públicos esenciales; 3) a estatizar el comercio exterior; 4) a asignar a todos los bienes de producción la función primordial de obtener el bienestar del pueblo; 5) a generalizar la enseñanza, a cuyo efecto debía ser absolutamente gratuita, y a conferir becas a los alumnos y asignaciones a sus familias; 6) a regionalizar la enseñanza de las universidades, a fin de vincular dicha enseñanza a la producción de las respectivas zonas geo-económicas del país; 7) a estatizar las Academias, con el propósito de que ellas se ocupen de la alta investigación científica, necesaria para que el país posea una industria moderna independiente; 8) a hacer que el Estado fiscalice la distribución y utili-

zación del campo y a intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva.

Sampay no era ningún ingenuo y no idealizaba la Constitución de 1949 hasta el extremo de ignorar sus defectos y, fundamentalmente, los referidos a la organización del poder. En su última publicación, un cuarto de siglo después de la sanción, lo manifestó con la más abierta sinceridad y quizá a modo de autocrítica, aunque también como advertencia para quienes retomen la obra en el futuro:

“La reforma constitucional de 1949 [escribió en 1975 su inspirador] no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, primero, debido a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática del general Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio general Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, a fin de conservar el carácter pluriclasista de su movimiento, por lo que el nuevo régimen iba a durar hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las Fuerzas Armadas; porque es rigurosamente exacto lo que expresa Aristóteles, que el que tiene en su poder las armas decide la permanencia o no del régimen político. Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma, la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte”.⁽⁴⁾

3 | Algunos caracteres del texto

Excedería en mucho el limitado objeto de estas páginas un análisis exhaustivo de la Constitución de 1949 e incluso la mención de sus disposiciones más notables, que el lector atento detectará por sí mismo. No obstante, vale la pena ensayar una caracterización de su estructura.

Desde el punto de vista formal, una Constitución es un código político —o un código de derecho político—, esto es, un cuerpo normativo

(4) SAMPAY, ARTURO E., *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Bs. As., Eudeba, 1975, p. 72.

o ley que incluye todas o las principales normas de una rama jurídica en forma armónica o no contradictoria, conforme a su prosapia, heredera del afán sintetizador del enciclopedismo. Por ello, toda Constitución —como código que es— responde a una arquitectura, a un diseño, que la asemeja a un edificio. Puede ser pesado o liviano, recargado o sencillo, con predominio de curvas o de rectas, mostrar el efecto de diferentes estilos, si ha sido construido a lo largo de mucho tiempo o bien exhibir parches o refacciones disonantes y, además, puede ser funcional o presentar ventanas inútiles, corredores que terminen en muros y escaleras a ninguna parte.

Como texto, la Constitución de 1853-1860 tiene una estructura liviana y sencilla, bastante funcional, propia de la época. En términos generales, la Constitución de 1949 no alteró este estilo. Su intención de mantener la forma tradicional se pone de manifiesto desde el Preámbulo, cuyo texto conservó, comenzando con el significativo “Nos” mayestático arrancado por los pueblos a los monarcas. Se limitó a retocarlo en lo necesario, indicando escuetamente el sentido general de la reforma, que consistía en la incorporación del constitucionalismo social sin alterar la estructura básica del edificio legal. Incorporó la promoción de la cultura nacional y sintetizó el sentido general de la reforma ratificando la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económica libre y políticamente soberana. No se trata de datos formales, sino que el Preámbulo forma parte del texto constitucional y es clave en su interpretación, o sea, que señala el criterio para dirimir dudas acerca del alcance de sus disposiciones.

A efectos de orientar en el señalamiento de sus rasgos generales, mencionaremos las normas que consideramos señeras en materia económica, social y cultural, institucional y de garantías individuales.

- a. Creemos que el principal eje de la reforma pasó por las disposiciones de orden económico y que, en definitiva, fueron la determinante de su eliminación por su obvia incompatibilidad con la marejada de poder mundial que siguió a la finalización de la guerra de Corea.

El art. 38, claramente inspirado en el art. 153 de la Constitución de Weimar, obsérvese que innova sobre esta en cuanto a la propiedad del campo, problema ajeno al texto modelo. La propiedad no es inviolable ni siquiera intocable, sino simplemente respetable a condición de que sea útil no solamente al propietario sino a la colectividad, había dicho Sampay. El art. 39, *a contrario sensu*, parece ser una premonición respecto del de-

sarrolo y perversión del capitalismo en las décadas posteriores, hasta desembocar en especulación y desbancar al capital productivo.

El art. 40 —quizá el más determinante de todos— consagra en su primer párrafo la amplia posibilidad de intervención económica del Estado, que fue la piedra del escándalo, pese a que atribuciones no muy diferentes se habían tomado en la década anterior para superar las consecuencias locales de la crisis mundial de 1929, en completa consonancia con el pensamiento keynesiano. No obstante, quienes habían tomado esas decisiones entendían que eran propias de los momentos de crisis, pero que luego correspondía volver a los privilegios gestados al amparo de una supuesta libertad para monopolizar el mercado.

El segundo párrafo del art. 40, claramente inspirado en el art. 10 de la Constitución de la República de Irlanda, al igual que los dos párrafos siguientes, fueron indudablemente el más decisivo factor de la tentativa de eliminación completa de la Constitución de 1949. Las consecuencias más catastróficas de su radical supresión y consiguiente indefensión del capital del Estado se vivieron casi medio siglo más tarde.

El inc. 16 del art. 68 insiste sobre la supresión del latifundio y el fomento de la pequeña propiedad agrícola. Se trata de un punto neurálgico de la disputa económica, que había llegado a manchar de sangre el propio recinto del Senado Nacional en la década precedente.

El art. 28 *in fine* sufrió una modificación programática de significación: la igualdad formal en la carga impositiva fue reemplazada por la equidad y la proporcionalidad, o sea, por una igualdad real, aún no alcanzada, pues seguimos sufriendo una carga impositiva centrada en el consumo, que es la más inequitativa de todas las posibles variables.

El inc. 5º del art. 68 constituye otro pilar de la reforma económica, prohibiendo que los organismos reguladores de la actividad bancaria, crediticia y de emisión puedan quedar total o parcialmente en manos privadas.

b. En cuanto a lo social y cultural, el art. 37 es el más innovador de la Constitución de 1949, como lo podrá observar el atento lector de su texto. No es dable aquí desarrollar todas las implicancias que hubiese podido tener este texto si hubiese gozado de larga vida, pero lo cierto es que configura un verdadero programa de paz y progreso humano. Como todo texto, es un deber ser que demanda devenir ser, pero sin duda se trata de instrumentos de lucha jurídica

de incalculable valor para los titulares de esos derechos en su requerimiento de realización progresiva.

El avance internacional de los derechos humanos se vio dificultado por la Guerra Fría y solo casi tres décadas después de esta reforma se puso en vigencia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incorporado hoy a la Constitución vigente —junto al llamado art. 14 bis— forma el núcleo de los derechos sociales. Sin embargo, el núcleo vigente, si se lo compara con el texto que el lector tiene entre sus manos, se verá que en algunos aspectos es mucho más pobre, pues el art. 37 era más generoso en varios sentidos, o sea, que imponía una mayor carga de solidaridad social.

Los derechos de la ancianidad constituyen una innovación que aún hoy no está suficientemente desarrollada en el derecho comparado, en un mundo que preocupado por la crisis del trabajo procura marginar a los mayores de toda actividad, estigmatizarlos y discriminárselos, cuando no, ante la complejidad y alto costo de la medicina, tácitamente considerarlos sin valor vital.

En cuanto a la familia, cabe destacar la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad, cuya consagración legal demoró muchos años después de la derogación de esta Constitución.

Por lo que hace a la educación, el art. 37 contiene disposiciones sumamente interesantes. La autonomía universitaria, la regionalización universitaria y la necesidad de que las casas de estudios eduquen en valores, son tres objetivos que mantienen toda su vigencia. El sistema de becas para estudiantes pasaba a ser una norma imperativa constitucional.

La investigación científica era puesta a cargo de las academias, reorganizadas conforme a un reglamento autónomo. El patrimonio artístico e histórico entraña en la Constitución y, lo que es llamativo para la época, el paisaje natural.

Sin duda que se trata del capítulo más interesante de la reforma, cuyo alcance merecerá algún día la atención de los estudiosos de la historia de nuestro derecho, especialmente en relación con el derecho constitucional comparado del momento y en cuanto a las posibilidades de desarrollo jurisprudencial, que se vieron frustradas por la prematura derogación del texto.

c. El plano puramente institucional o de gobierno, aunque no deja de presentar algunos destellos, es el más débil de la Constitución de 1949. La propia autocritica

arriba citada de Sampay en 1975 se hace cargo de este descuido que, en definitiva respondía al contexto temporal, del que nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

Pueden señalarse como aciertos la elección directa de los senadores nacionales (art. 47) y la reducción de su mandato a seis años, como también la previsión de códigos (Aeronáutico, Sanitario y de Derecho Social) (art. 68, inc. 11). Aunque se trate de una cuestión en apariencia formal, la exigencia de juramento de fidelidad a la Constitución por parte de cualquier funcionario (art. 32) es una cuestión simbólicamente importante y que recuerda a todos los presentes la vigencia suprema de la Constitución como rectora última de su desempeño.

Es importante destacar la facilitación de la ciudadanía para los extranjeros (art. 31), lo que denota el sentido generoso e incorporativo de la política migratoria que se propugnaba. La presunción de la voluntad de adquirir la ciudadanía pasados cinco años de residencia se enmarca en el mismo sentido.

En cuanto al control de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema (art. 96) evita inútiles dilaciones y refuerza sin duda el mecanismo judicial al respecto. Lo mismo puede decirse de la introducción de la casación (art. 95), que evita la posibilidad de que una misma ley pueda tener múltiples y contradictorias interpretaciones dentro del territorio nacional, lo que debilita sensiblemente la seguridad jurídica. El defecto de estas previsiones es que concentra mucho poder en la Corte Suprema que, además mantiene la estructura de tribunal de control constitucional —no adecuada para la función casatoria— y corporativiza en demasía al Poder Judicial, lo que se agudiza con un mecanismo de remoción de jueces no bien precisado en el texto, pero que puede lesionar la independencia interna del magistrado (art. 91 última parte).

Por el contrario —y aunque respondiera al contexto temporal— no puede negarse que la Constitución de 1949 fortaleció el poder presidencial en forma muy poco aconsejable, no solo en cuanto al establecimiento de la reelección indefinida (art. 78), al sostenimiento de la competencia de los tribunales militares (art. 29) como en la creación de un estado de preventión y alarma, como una suerte de estado de sitio menor (art. 34). De la competencia militar se hizo un uso muy moderado, se incorporó a unas pocas personas del personal civil de las fuerzas armadas y de naves custodiadas y nunca se ejecutó una sentencia de muerte en vigencia de la Constitución de 1949, lo que sí se había hecho en los años 30.

d. Los aspectos negativos de orden institucional contrastan abiertamente con la materia de garantías individuales en el texto de 1949. Si bien la condena constitucional de los llamados partidos o movimientos anti-sistema (arts. 15 y 21) es riesgosa y susceptible de dar lugar a abusos legislativos y policiales, no puede negarse que era una marcada tendencia de la época inmediatamente posterior a la última guerra mundial que se planteaba como cuestión altamente discutida en Europa y en especial en Alemania —donde fue objeto de famosas sentencias del *Verfassungsgericht*—, pero que bajo otro ropaje volverá a la legislación nacional ante la necesidad de defender el sistema democrático y republicano. Hasta el presente sigue siendo un problema abierto a la discusión la cuestión acerca de la necesidad de defender el sistema frente a quienes pretenden quebrarlo, sin incurrir en una autodestrucción de este o sin dejar abierto el espacio para abusos que conlleven a esa consecuencia.

Por lo demás, sus disposiciones son notables. El art. 28 proscribe la discriminación racial en forma expresa, lo que no es poco en el contexto mundial de su tiempo y a escasos tres meses de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU. Hasta 1994 nuestra Constitución no volvió a contener una referencia expresa al respecto.

El art. 29 establece la retroactividad obligatoria de la ley penal más benigna, que solo llegará a retomar vigencia constitucional con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues desde 1956 hasta 1994 solo tuvo vigencia legal y, por ende, podía ser excepcionada por leyes extraordinarias o temporales.

El mismo art. 29 prohíbe expresamente no solo la analogía *in malam partem*, sino también toda interpretación extensiva en perjuicio del procesado, lo que incluso hoy la doctrina vigente pone en seria duda, pues obliga al legislador a una precisión cuidadosa de sus términos a efectos de no provocar supuestos no queridos de impunidad, pero confiere un alto grado de seguridad jurídica.

El mismo artículo establece el principio del *favor rei* en materia procesal penal, en consonancia con la prohibición de interpretación extensiva.

Un viejo debate permanece hasta el presente acerca de la función de las cárceles, pues la Constitución de 1853-1860 establece que serán para seguridad, discutiéndose si esto está referido solo a las cárceles para procesados o también para condenados, supuesto este último que señalaría una finalidad meramente aseguradora de la pena privativa de la libertad.

La cuestión ha perdido importancia en este último sentido porque desde 1994 los instrumentos incorporados señalan a esta pena una función de reinserción. Es sabido que las prisiones fueron objeto de especial atención por parte del gobierno de la época y, conforme a esa política, el art. 29 de la Constitución de 1949 innovó acerca de la función de las cárceles, suprimiendo la seguridad y reemplazándola por la reeducación social.

Por último, la más loable de las incorporaciones del texto de 1949 en esta materia es el último párrafo del art. 29, que tiene el innegable mérito de haber consagrado por vez primera en nuestra historia constitucional el *habeas corpus*, con amplitud considerable, pues no exige como presupuesto una efectiva privación de libertad del amparado, sino que basta cualquier restricción o amenaza a esta. Solo en 1994 la Constitución recuperó este instituto esencial de cualquier democracia.

4 | El contexto político

Toda ley es producto de un momento y la dinámica del derecho es siempre política y cultural. Ni la Constitución de 1853-1860 podía juzgarse con las pautas de 1949, ni esta puede serlo con las actuales.

Los constituyentes de 1853 y Alberdi —su inspirador ausente— estaban convencidos de que lo mejor era la ortodoxia liberal en materia política y también en la económica. Alberdi se equivocó en muchas cosas (como en concebir un país puramente europeo y olvidarse de la población vernácula), pero acertó en muchas otras (como en condenar la guerra al Paraguay o prever las desastrosas consecuencias de cultivar como única heroicidad la militar). Pero Alberdi y los constituyentes no podían imaginar desde su tiempo que lo económico habría de terminar con el liberalismo político en lugar de ampliarlo y que el país acabaría siendo la propiedad de una minoría latifundista, la población reducida a condición de servidumbre y la soberanía popular burlada por el fraude electoral primero y por la proscripción de los partidos mayoritarios más tarde.

Cuando la inevitable contradicción entre el liberalismo político y el económico se manifestó en el plano de la realidad, o sea, cuando los privilegios creados por el segundo exigieron la eliminación del primero, lamentablemente los privilegiados se autodenominaron liberales, usurpando el noble calificativo de quienes habían luchado en todas las latitudes contra los privilegios que ellos ahora detentaban.

Liberales pasaron a ser los defensores de la libertad de mercado, de la remoción de todo obstáculo a sus pretensiones económicas y financieras, aunque para ello tuviesen que cancelar y arrasar con todo el liberalismo político, establecer las más crueles dictaduras y cometer los peores crímenes.

Cuando los liberales políticos latinoamericanos que llevaron a cabo nuestra emancipación —es decir, nuestros próceres de la Independencia— dejaron de ser funcionales al poder hegemónico mundial del momento, fueron apartados, exiliados o asesinados, y su lugar lo ocuparon quienes acrecentaban su poder al amparo de los privilegios, organizados como oligarquías que relegaron los principios del liberalismo político a la letra muerta de las constituciones.

Una burla republicana y en los hechos una traición incommensurable al liberalismo político fue cometido por todas las llamadas repúblicas oligárquicas de nuestro continente, desde el porfiriato mexicano hasta la república *velha* brasileña, desde el patriciado peruano hasta la oligarquía de la carne enfriada argentina. Nada tuvieron de liberal esos liberalismos. Para nada era liberal privar del voto a toda la población, matar indios, usurparles las tierras, reprimir sádicamente las primeras manifestaciones del sindicalismo, abrir fuego sobre concentraciones, disolver reuniones, clausurar locales, matar a reales o supuestos líderes, mantener a los pueblos en la ignorancia y el analfabetismo, establecer policías bravas y tantas otras aberraciones contra la vida, la libertad, la dignidad y el patrimonio de las personas.

Esas oligarquías que dominaron todo el continente desde la última parte del siglo XIX sostuvieron posiciones racistas, legitimaban su poder en su pretendida superioridad biológica, afirmaban que su hegemonía salvaba a la población inferior, inculta, bárbara y degradada, del caos y la anarquía, y relegaban el liberalismo político de sus constituciones a un lejano futuro en que el pueblo hubiese evolucionado hasta alcanzar el mismo nivel de desarrollo que ellos. El liberalismo político solo era válido entre los de su misma clase y en tanto no la traicionasen sumándose a reclamos de sectores sumergidos: por lo demás era un ideal a alcanzar un día, tan relegado al futuro distante como el ideal del comunismo lo estaba en la dictadura stalinista. La ciudadanía real se negaba a casi toda la población, hasta que a partir del estallido de la Revolución mexicana en 1910 comenzaron a caer las repúblicas oligárquicas. Cada uno de nuestros países siguió su

propio rumbo en una común tendencia a ampliar sus bases de ciudadanía real, incorporando a nuevos sectores sociales, todo en lucha constante contra estructuras fuertemente consolidadas y resistentes.

Este proceso lo llevaron a cabo movimientos políticos de masas, que no solo requerían de líderes carismáticos sino que éstos también respondían a necesidades de orden dentro de sus propias filas, de adecuada medición de fuerzas, de tácticas inteligentes frente a la resistencia permanente de los sectores instalados, que estaban al acecho de la menor fisura para meter sus caballos de Troya, que no era uno como en el poema, sino varios.

Las contradicciones fueron inevitables en estos movimientos, pues para incorporar a los nuevos sectores postergados necesitaban imperiosamente fomentar la acumulación de capital productivo, con lo cual invariablemente fueron movimientos pluriclasistas. No había ninguna fórmula importada que sirviese de modelo y este debía construirse en permanente lucha contra fuerzas internas que mantenían vínculos estrechos con las fuentes del poder mundial, que jamás vieron con buenos ojos la posibilidad de un desarrollo autónomo y la consiguiente consolidación de la soberanía. Todos los movimientos populares latinoamericanos se vieron obligados a construir sobre la marcha y bajo permanente amenaza interna e internacional, cada uno conforme a las concretas circunstancias de su propio país y de su propio pueblo.

En tales condiciones, donde todo debe ser provvisorio y flexible para permitir una respuesta rápida, no es posible evitar contradicciones, personalismos, descontroles y muchos errores. Pero por sobre todos ellos, el balance general del siglo XX latinoamericano arroja como resultado que merced a estos movimientos se amplió efectivamente la ciudadanía real en el continente. De no ser por esos movimientos, muchos de los ciudadanos latinoamericanos que hoy pueden tener este libro en sus manos no lo podrían leer, porque no hubiesen pasado por una escuela, no hubiesen frecuentado una universidad, quizás no hubiesen superado las enfermedades comunes de la infancia o hubiesen carecido de una alimentación adecuada.

La Constitución de 1949 fue producto de uno de esos movimientos y justamente por eso es con frecuencia tildada de antiliberal, cuando no directamente vinculada a los autoritarismos de entreguerras, como descalificación esgrimida por quienes usurparon la condición de liberales.

Si bien es cierto que el justicialismo tuvo en esos años una estética fascista, que abusó martillando con una propaganda cargosa y que el Gral. Perón había sido testigo de las concentraciones italianas, lo cierto es que ninguno de los movimientos populares latinoamericanos puede ser considerado fascista, porque todos ellos carecieron de dos elementos fundamentales que por su esencia y naturaleza nunca podían tener: el mito imperial y el racismo o limpieza racial.

Por obvias razones, ninguno de estos movimientos pudo adoptar un mito imperial, y en cuanto al racismo, fueron ellos mismos las víctimas de los sectores racistas que les ofrecían resistencia, pues los discriminados racialmente pertenecen justamente a las capas excluidas que ellos representaron y que constituyó su base electoral. Por eso todos estos movimientos fueron antirracistas por esencia. La élite blanca del porfiriato despreciaba a la indiada bárbara y sublevada, el varguismo prohibió la persecución de los cultos afrobrasileños y sancionó leyes penales antidiscriminatorias, el peronismo fue considerado un aluvión zoológico y sus partidarios provincianos estigmatizados como cabecitas negras; antes el yrigoyenismo había sido tildado de “chusmocracia” por un senador nacional. La prohibición de las diferencias raciales en el art. 28 de esta Constitución no es un accidente ni una ocurrencia doctrinaria, sino una medida de defensa.

Estos movimientos ensancharon la ciudadanía real. En nuestro país, sin duda que el yrigoyenismo incorporó considerables sectores, pero el peronismo se hizo cargo del resto después de la etapa de retroceso de los años treinta y transformó la fisonomía social del país. Sin duda que cometieron errores y la propia palidez de las reformas institucionales de 1949 son parte de esos errores, pero también es justo señalar que no es coherente debilitar el comando de la nave en medio de una tormenta permanente, lo que en el fondo constituyó siempre el talón de Aquiles de que habla Sampay.

En ningún caso se trató de la mera invocación de una tormenta para quedarse con el timón, o sea, como pretexto para la centralización o no descentralización de poder, porque los hechos históricos lo ponen de manifiesto. La tormenta estaba y era un peligro bien concreto, pues cuando los que usurparon el nombre de liberales lograron retomar el poder político —porque el económico nunca lo perdieron del todo— mostraron su inaudita crueldad y falta de escrúpulos.

No responde para nada a los postulados del liberalismo la prisión en Martín García de un presidente constitucional, la anulación de las elecciones de la Provincia de Buenos Aires del 5 de abril de 1931, el confinamiento de opositores en Ushuaia, la pretensión de establecer un Estado corporativo, el fusilamiento *in situ* por ley marcial, el fusilamiento de anarquistas condenados por un consejo de guerra, la convocatoria a elecciones con el partido mayoritario proscripto, el decreto 4161 prohibiendo el peronismo, el ataque a la Plaza de Mayo sin previo aviso, el fusilamiento de los sublevados de 1956, la derogación de una Constitución por decreto y toda la larga serie de violaciones constitucionales hasta culminar en los crímenes contra la humanidad de la dictadura de 1976-1983.

Si a alguien cabe el apelativo de antiliberal no es al peronismo ni a los movimientos populares en general, cuyos errores y hasta pecados empalidecen por completo frente a las atrocidades y masacres de quienes se llaman indebidamente liberales.

Hoy es común afirmar que los derechos humanos individuales (civiles y políticos) no son independientes de los derechos humanos sociales (económicos, sociales y culturales), sino que ambos requieren una conglobación. La cuestión es tan simple que resulta poco menos que obvia: un verdadero liberal, como tal respetuoso de la libertad del otro, deberá admitir los reclamos sociales que este formule en uso de su libertad y, a la larga, estos reclamos deberán ser atendidos y, por tanto, los derechos sociales serán una consecuencia de los individuales. Quien opte por el camino contrario, es decir, que impida al otro el ejercicio de su libertad para reclamar lo social, deja de ser liberal y se convierte en un autoritario o en un dictador.

La Constitución de 1853-1860 es liberal. Como tal, su texto permite los reclamos sociales y abre la puerta para la incorporación de los derechos correspondientes. Los que nunca fueron liberales fueron quienes tantas veces la archivaron, la tuvieron como un ideal lejano, la violaron sin pudor, para conservar o restablecer privilegios. La Constitución de 1949 no es menos liberal por el hecho de incorporar los derechos económicos, sociales y culturales, porque queda demostrado que su texto es respetuoso de la libertad del otro. Si algún error o pecado a este respecto cometió el movimiento que le dio origen, queda por entero empalidecido como diminuto e insignificante ante los incalificables hechos criminales reiterados de sus detractores en cuanta ocasión dispusieron del espacio de poder para cometerlos.

Ciclo de Conferencias Internacionales: “Evolución del derecho administrativo”

Palabras de apertura⁽¹⁾

por **ANGELINA ABBONA⁽²⁾**

Muy buenas tardes a los Sres. Procuradores Generales de los Estados de Venezuela, Bolivia, y Ecuador, al Sr. Abogado General de la Unión de la República del Brasil, a los conferencistas y a todos los colegas asistentes a este Ciclo de Conferencias Internacionales en conmemoración de los 150 años de la creación de la Procuración del Tesoro de la Nación.

En lo que respecta a la temática de la aplicación del derecho público interno por los tribunales internacionales en los litigios contra el Estado, en particular me voy a referir exclusivamente a lo que le sucede a la República Argentina, así como luego harán lo propio los colegas procuradores en relación a su experiencia sobre la materia. Debemos señalar que el ejercicio de la representación del Estado argentino ante tribunales arbitrales internacionales resulta ser una expresión de la multiplicidad y diversidad con la que, en la actualidad, los Estados nacionales se vinculan jurídicamente con los demás sujetos de derecho.

(1) Discurso en el marco de la celebración por los 150 años de la creación de la Procuración del Tesoro de la Nación, el día 5 de diciembre de 2013 en el Hotel Panamericano de Buenos Aires.

(2) Procuradora del Tesoro de la Nación.

Observamos a diario que el derecho contemporáneo se caracteriza por la complejidad de las relaciones jurídicas que se establecen durante el desarrollo de las distintas funciones estatales. Hoy presenciamos la existencia de distintos ámbitos de resolución de controversias entre Estados y entre Estados y particulares de otros Estados, desde la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, también, los tribunales arbitrales constituidos con motivo de controversias previstas en tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones.

En el caso particular de esta Procuración del Tesoro, y conforme a sus competencias, la experiencia en materia de litigios contra el Estado ante tribunales internacionales se registra mayoritariamente en los casos arbitrales tramitados en el CIADI, en los que inversores extranjeros demandaron a la República Argentina invocando tratados bilaterales de inversiones suscriptos entre el Estado argentino y otros Estados Parte.

En el marco de estos arbitrajes, se dictaron varias decisiones sobre jurisdicción como así también laudos. Algunos de estos fueron luego impugnados por el Estado argentino a través de recursos de anulación.

Para alcanzar una real dimensión de los conflictos arbitrales en los que la Procuración interviene, basta con señalar que de la totalidad de los casos registrados en contra de la República Argentina, aproximadamente el 96% de ellos fueron por conflictos originados antes del año 2003, fundamentalmente por las medidas de emergencia dictadas por el Congreso de la Nación a fines del 2001 y principios del 2002, destinadas a hacer frente a la grave crisis que azotaba a nuestra Nación.

Sobre este punto, es por demás atinado recordar que hace algunos meses la Sra. Presidenta de la Nación destacó que en el año 2003 el Gobierno asumió “sin beneficio de inventario” la administración general del país en uno de los escenarios más adversos de la historia argentina.

Dentro de los arbitrajes registrados, nos encontramos con casos vinculados a generación, transporte y distribución de gas y electricidad; exploración y explotación de hidrocarburos; concesiones de servicios de provisión de agua potable y saneamiento; construcción vial; transporte público; reestructuración de deuda soberana; entre otros contratos administrativos;

es decir, se debaten relaciones jurídicas en las que el Estado es o ha sido parte, y que involucran a amplios sectores de la población argentina.

En algunos casos, no solo se ventilan decisiones adoptadas en el ámbito del gobierno federal sino que también se involucra a provincias del país por las que el Estado Nacional debe responder en el ámbito internacional.

A diferencia de los arbitrajes comerciales entre privados, los arbitrajes de inversión en que el Estado argentino es parte involucran cuestiones de interés público. En este tipo de procedimientos, los tribunales se pronuncian sobre la legitimidad, en particular bajo tratados bilaterales de inversiones, de normas, hechos y medidas estatales de enorme importancia justamente por los valores allí comprometidos, incluyendo frecuentemente pronunciamientos sobre decisiones soberanas y de orden público.

En el caso de la República Argentina, el Congreso de la Nación decidió someter bajo ciertas condiciones las controversias en materia de inversiones extranjeras a tribunales arbitrales, pero en todos los casos hemos sido consistentes en sostener que el derecho argentino debe ser necesariamente aplicado para la resolución de tales controversias.

Sin embargo, debemos advertir que en la práctica se verifica la tendencia de algunos tribunales arbitrales a rehusarse, justamente, a aplicar el derecho interno del Estado.

Veamos cómo se configura la cuestión del derecho aplicable según la letra de los tratados y la práctica de los arbitrajes de inversión.

En los casos en los que el Estado presta el consentimiento para someter una controversia bajo las reglas del CIADI, ello implica la aceptación de la normativa del Convenio CIADI sobre el derecho aplicable, cuyo art. 42(1) dispone que “el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”, y, “a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

La referencia a la aplicación del derecho interno se encuentra expresamente acordada en los respectivos TBIs suscriptos por la República Argentina.

Así, por ejemplo, en el caso del TBI suscripto entre la República Argentina y la República Francesa, a los efectos de definir los conceptos de “inversión protegida” o de “inversor”, el propio tratado remite a las disposiciones de la ley del Estado receptor de la inversión, o al contrato suscripto entre las partes. Asimismo, el art. 8.4 del TBI prescribe el derecho aplicable a las controversias, a saber: el propio TBI, el derecho del Estado Parte en la controversia y los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios del derecho internacional en la materia.

Otro caso a señalar es el TBI suscripto con el Reino de España, el cual remite a las disposiciones del derecho interno del Estado Parte en la controversia a los fines de definir los conceptos de “inversor” e “inversión”. En particular, el art. III.1 dispone que “Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación ...”. Por su parte, el art. IX.5 del mencionado TBI dispone que el Tribunal emitirá su decisión “en base a las normas del [propio TBI], las de otros convenios que rijan entre las Partes, en el derecho vigente en el país en que las inversiones fueron realizadas y en los principios universalmente reconocidos del derecho internacional”.

También el Tratado de Inversión suscripto con los Estados Unidos de América remite a la ley o al contrato para la definición de los términos “inversión”, “sociedad”, y “nacional”. En su art. X, se expresa que dicho Tratado no afectará las leyes y los reglamentos, las prácticas o los procedimientos administrativos o las sentencias administrativas o judiciales de cualquiera de las Partes; ni tampoco las obligaciones jurídicas internacionales. Se trata de una regla de deferencia del derecho interno y de otras obligaciones internacionales, los que deben ser incluidos como parte del derecho aplicable por parte de los tribunales al momento de resolver la controversia.

Debe destacarse que estos tribunales arbitrales están compuestos por abogados que no tienen la nacionalidad del Estado Parte en la controversia ni están familiarizados con el derecho interno que deben considerar al momento de resolverla. Entonces, como una forma de suplir esta carencia de conocimientos sobre el derecho interno, en el caso de la República Argentina se presentan informes jurídicos elaborados por abogados de reconocida experiencia profesional y académica en calidad de expertos.

Sobre lo hasta aquí dicho podemos adelantar que estos tribunales deben pronunciarse sobre situaciones jurídicas derivadas de leyes, reglamentos, actos y contratos administrativos. De hecho, se ha visto que el propio Convenio CIADI y los TBIs suscriptos por nuestro país establecen que el derecho interno de Argentina también es derecho aplicable a la controversia. Pero no se trata de cualquier fuente de derecho aplicable, sino que el derecho interno reviste gran importancia con respecto a la interpretación y la aplicación de diversas disposiciones de los TBIs, porque, justamente, es el que regula la relación jurídica del inversor extranjero con el Estado argentino. Por ejemplo, una concesión de servicio público se rige por el respectivo marco regulatorio, los pliegos, la normativa aplicable, y el contrato.

Así, el derecho argentino permite establecer si efectivamente se ha prestado el consentimiento arbitral; luego, si se cumplen las condiciones según el art. 25(1) del Convenio CIADI para habilitar la competencia y jurisdicción de un tribunal arbitral, en particular en lo relativo a la presencia de una disputa legal derivada directamente de una inversión; asimismo, el Tribunal debe aplicar el derecho interno para determinar cuáles son los derechos adquiridos por el inversor y luego definir su alcance; así como también debe aplicar el derecho interno a fin de ponderar la conducta de las partes en la celebración y ejecución de una determinada relación jurídica.

Desde la perspectiva del derecho constitucional argentino, los TBIs integran el concepto de "tratado" dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina, que dice: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". En tales condiciones, los TBIs deben respetar los principios de derecho público establecidos por la Constitución, conforme la manda de su art. 27, entre los cuales podemos citar la jurisdicción exclusiva del PJN para conocer en todas las controversias en las que la Nación Argentina es parte (art. 116 CN), el principio de juridicidad; el principio de legalidad; el carácter no absoluto de los derechos; el debido proceso; y el estándar de razonabilidad de la reglamentación de los derechos.

Asimismo, la interpretación de los TBIs no puede soslayar a aquellos tratados internacionales en materia de derechos humanos suscriptos por la República Argentina, que poseen jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, párr. 2 CN.

El Estado argentino asumió obligaciones internacionales a través de distintos instrumentos suscriptos: los TBIs y los tratados de derechos humanos, entre muchos otros. Por lo tanto, la Argentina ha sostenido inviolablemente que las pautas interpretativas en los arbitrajes de inversión no pueden desconocer que existen otras cuestiones indisponibles para el Estado, como lo son los derechos humanos y los derechos en materia de protección de recursos naturales y del medio ambiente. Esta dimensión cobra especial importancia en el análisis de las medidas adoptadas en el marco de la grave crisis económica, política y social de fines del año 2001, por cuanto el Estado tiene absolutamente vedada la alternativa de establecer privilegios a favor de los derechos patrimoniales de inversores extranjeros y en desmedro de los derechos humanos del conjunto de la población. En definitiva, los tribunales arbitrales no pueden considerar los tratados de inversión como si se tratara de un régimen hermético o autosuficiente.

Sin embargo, los Tribunales no siempre adoptaron una interpretación comprensiva del conjunto de obligaciones internacionales asumidas por la Argentina y, por el contrario, en ciertos casos las decisiones reflejaron posiciones sesgadas de la integridad del régimen jurídico argentino aplicable a la controversia. Tanto porque omitieron las prescripciones de los demás tratados internacionales suscriptos por la Argentina como también porque desconocieron aspectos sustantivos del derecho argentino, y del derecho administrativo en especial, todo lo cual conllevó a que en diversos casos la Argentina recurriera por vía de la anulación las decisiones arbitrales. Algunos tribunales aplicaron el derecho internacional e ignoraron abiertamente el derecho argentino, contrariando así el consentimiento expresado por el Estado a través de las disposiciones del Convenio CIADI y los TBIs. Por ejemplo, algunos tribunales no tuvieron en cuenta la legislación vigente al comienzo de la inversión, la que era conocida y había sido aceptada voluntariamente por el inversor, y que posee medular importancia a los fines de interpretar el contenido y alcance de los derechos alegados por los inversores. Así, ignoraron la teoría de la imprevisión y de la fuerza mayor; el concepto de tarifa justa y razonable aplicable a los servicios públicos, y aquella sobre la legislación de emergencia en el derecho argentino; también desconocieron que los contratos administrativos se encuentran sujetos a un régimen jurídico de derecho público que rige la relación entre los intereses de naturaleza privada del contratista y el interés público perseguido por el Estado en toda contratación, y que

reconoce determinadas prerrogativas en beneficio de la Administración Pública, como la presunción de legitimidad, el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, la potestad de dirección, control, modificación y rescisión unilateral de los contratos, entre otras.

Más aun, en algún caso los tribunales omitieron considerar que, en virtud de las garantías reconocidas a favor de todos los particulares, el Estado debe ajustar su actuación al principio de igualdad y de juridicidad, no pudiendo apartarse de la normativa que delimita su actividad.

La relevancia del derecho nacional de los Estados que, de algún modo, están involucrados en una controversia que se somete a arbitraje, se pone de manifiesto en todas las fases de un procedimiento arbitral. Cuando un tribunal tiene que decidir sobre una controversia en materia de inversión no solo debe considerar al derecho interno en la discusión que se da sobre el fondo de la disputa, sino también al inicio del procedimiento, cuando tiene que decidir sobre su propia jurisdicción.

Así, por ejemplo, cuando la jurisdicción se invoca bajo el amparo de un TBI, el tribunal tendrá que analizar distintas cuestiones. Primero, si se configura el consentimiento del Estado para el sometimiento de una controversia a arbitraje; segundo, si se encuentra frente a una inversión realizada en el territorio del Estado receptor; tercero, si la inversión ha sido realizada por un inversor extranjero; y, cuarto, si la inversión ha sido realizada y ejecutada en forma legal de modo tal de poder ser protegida por el tratado. Ello, por señalar solo algunos aspectos.

Respecto de si la inversión ha sido realizada en el territorio del Estado receptor, si bien los TBIs (como mencioné hace un instante) suelen incorporar definiciones sobre qué se entiende por inversión realizada en el territorio del Estado receptor, será en muchos casos necesario recurrir al derecho interno en el que esta ha sido constituida y desarrollada.

En algunos de los casos que han involucrado a la República Argentina se advierte que los reclamos se refieren a inversiones derivadas de concesiones —en muchos casos, de servicios públicos— que han sido otorgadas por ley o acto administrativo luego de un proceso licitatorio. A efectos de poder determinar si hay o no inversión, y qué es lo que comprende, será imprescindible recurrir a la normativa que rigió el proceso licitatorio.

Como ya dije, esto implicará tener en cuenta el marco regulatorio específico del sector que se trate, así como aquellas normas más generales del derecho administrativo y societario, por mencionar algunas. Habrá entonces que considerar todas aquellas leyes, decretos, resoluciones, pliegos, circulares, y contratos que se aplican a esa determinada situación jurídica.

Por otra parte, en cuanto a la nacionalidad extranjera del inversor, serán igualmente relevantes para el análisis que los tribunales deben realizar de aquellas normas internas pertinentes.

En consecuencia, solamente deberá tenerse en cuenta el derecho del Estado receptor como lo exige la soberanía legislativa de los Estados nacionales y de sus pueblos.

Finalmente, en lo que hace a las discusiones sobre si la inversión está o no protegida por el tratado, resulta de especial importancia determinar el marco jurídico en el que la inversión fue realizada y desarrollada, a efectos de poder corroborar que se condujo en un marco de legalidad.

El respeto por esa legalidad es un elemento esencial en el consentimiento que los Estados dan al momento de celebrar estos tratados.

Es común a todos los ordenamientos jurídicos internos la prohibición de reclamos basados en hechos ilícitos. En este sentido, un tribunal no debería permitir que se utilicen los TBIs para amparar a inversores que actúan en forma ilegítima, ni mucho menos constituirse estos acuerdos internacionales en instrumentos de indemnidad respecto de la conducta ilícita de los inversores.

Ahora bien, al momento de analizar la legalidad de la inversión, no solo deberá tenerse en cuenta el derecho interno del Estado receptor de esa inversión, sino también el de terceros Estados en los cuales la inversión pudo haber sido adquirida o desarrollada. Esto es así, por cuanto es posible encontrar casos en que un inversor adquiere una inversión o realiza actos vinculados a aquella en un tercer Estado distinto de aquel en el que, en última instancia, se encuentra la inversión reclamada.

A efectos de determinar si la inversión es legítima y encuentra amparo en un TBI, habrá que analizar el marco normativo aplicable y vigente al momento y en el lugar en que tales actos relativos a la inversión se produjeron.

Por lo tanto, el derecho nacional del Estado Parte en la controversia es de vital importancia durante la etapa jurisdiccional, como así también en la discusión del fondo.

Asimismo, en aquellas controversias que involucran a Estados provinciales, el derecho aplicable contemplará también a las legislaciones provinciales y locales. Es decir, a los fines de determinar la naturaleza y el alcance de los derechos que le asisten al inversor, deberá tenerse en cuenta el plexo normativo en el que actúa. Más aun, es dentro de ese marco que el Estado está obligado a actuar, y en el que el inversor desarrolla su actividad con pleno conocimiento de las normas aplicables.

Lo que se observa en los escritos donde los inversores articulan su demanda es que estos prácticamente no otorgan ninguna relevancia al derecho interno. Esto es paradójico, siendo que los inversores al momento de realizar y desarrollar su inversión lo hacen con el consentimiento pleno del marco jurídico en el que operan. Incluso, en algunos casos, los inversores han pretendido invocar principios de inmutabilidad de dicho marco jurídico.

A este respecto, reiteradamente, la República Argentina ha argumentado que estos tratados no deben ser considerados como pólizas de seguro y que el concepto de justicia por el que los tribunales deben bargar debe ajustarse a los contextos fácticos variables. De hecho, diversos tribunales han reconocido que un país actuaría en forma imprudente si prometiera abstenerse de modificar su legislación aunque la época y las circunstancias varíen. Es decir que no pueden atarse las manos de los Estados cuando estos deben, por ejemplo, responder frente a situaciones de grave crisis, sea cual fuera el género o su origen. Sin embargo, en otras ocasiones son los propios inversores quienes pretendieron y pretenden la modificación sustancial del marco jurídico bajo el cual realizaron y realizaron su inversión, asumiendo las obligaciones y los riesgos propios de su actividad.

Todo este plexo normativo que definitivamente debe incluir el derecho interno, deberá ser considerado por cada tribunal arbitral que tenga que decidir si la conducta de un Estado soberano ha violado los estándares de los TBIs, como por ejemplo los de trato justo y equitativo, no expropiación, y no discriminación. Solo me detendré en algunos pocos ejemplos.

En la experiencia argentina se han visto muchos casos en los que los inversores enmascaran sus reclamos contractuales como reclamos bajo un tratado bilateral de inversión; es sobre todo allí donde hay que prestar atención al derecho interno. Por ejemplo, el incumplimiento de una obligación contractual en el marco de un contrato de concesión de servicios públicos no puede por sí mismo implicar una violación del tratado, sobre todo cuando la propia normativa que regula el servicio prevé otros mecanismos disponibles en caso de inobservancia a las obligaciones de las partes.

Los tratados bilaterales de inversión no pueden ser interpretados en el sentido de sancionar todos y cada uno de los incumplimientos del Estado a las normas internas a las que está sujeto y por los que los inversores pueden normalmente recurrir a los tribunales locales. En definitiva, inexcusablemente debe aplicarse el derecho interno en tanto que determina la existencia y delimita el alcance de los derechos alegados por los inversores. Ello, aplicado en forma conjunta y armoniosa con los TBIs (con la salvedad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción, habida cuenta su nulidad manifiesta e insanable, y demás principios inderogables de derecho público consagrados por el art. 27 CN) y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos configuran el derecho aplicable en las controversias en materia de inversión en las que los Estados soberanos son parte.

Ciclo de Conferencias Internacionales “Evolución del derecho administrativo”

El Estado y los desafíos políticos institucionales del siglo XXI⁽¹⁾

por **EDUARDO BARCESAT⁽²⁾**

Señor Pérez Teruel: A continuación y para concluir con el segundo panel, va a hacer uso de la palabra el doctor Eduardo Barcesat.

El doctor Barcesat es Profesor Consulto del Departamento de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En su larga trayectoria profesional cabe destacar que ha sido Convencional Nacional Constituyente en la Reforma Constitucional de 1994. Actualmente se desempeña como Consultor Externo de la Procuración del Tesoro de la Nación y como Asesor de la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados del Congreso de la Nación.

.....

(1) Discurso en el marco de la celebración por los 150 años de la creación de la Procuración del Tesoro de la Nación, el día 5 de diciembre de 2013 en el Hotel Panamericano de Buenos Aires.

(2) Abogado (UBA). Profesor Titular Consulto en el Departamento de Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (UBA). Profesor en el Departamento de Derecho Público II, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, Facultad de Derecho (UBA). Jurado de Concursos Docentes Universitarios. Abogado Defensor de Derechos Humanos. Consultor Externo de la Procuración del Tesoro de la Nación. Asesor Presidencia Cámara de Diputados de la Nación.

El doctor Barcesat es autor de diversos artículos de doctrina en publicaciones jurídicas especializadas. En el día de la fecha disertará sobre: "El Estado y los desafíos políticos institucionales del siglo XXI".

Doctor Barcesat, lo escuchamos.

Dr. Barcesat: Buenas tardes, muchas gracias nuevamente a la Procuración del Tesoro por habernos confiado el dirigirnos a una audiencia tan calificada y que ha tenido las intervenciones que hemos podido apreciar en el día de hoy.

En este evento se unen tres celebraciones. La particular son los 150 años de la existencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, que ha sido brillantemente expuesta en el video institucional y en las palabras de la Procuradora, la Dra. Angelina Abbona.

La otra conmemoración son los 30 años del inicio de la transición democrática en la República Argentina y a la que voy a hacer referencia en la exposición.

Y por último y no menos importante, celebramos un nuevo aniversario, que se cumplirá el 10 diciembre, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conmemoración que impone un debate y una reflexión sobre el papel que estos derechos ocupan en el mundo normativo y en la legalidad de los Estados.

Comienzo con el tema de la transición democrática. Lo hago en base a un trabajo que publiqué en 1985, es decir, prácticamente a inicios de la transición democrática en la Argentina, cuando salíamos de la más sangrienta dictadura cívico militar que haya registrado nuestra historia institucional y en la que nos tocó la difícil tarea de defender los valores de la vida, la libertad y la integridad física y psíquica del ser humano.

Propusimos, en este ensayo de 1985, la formulación de dos tesis. La primera, estrictamente político institucional y que se enunciaba diciendo que debía mediar una ruptura entre la excepcionalidad institucional y el Estado de derecho venidero. Es decir, que no podía haber continuidad, que tenía que haber un hiato institucional entre dicha excepcionalidad contaminante de la condición humana y el naciente Estado de derecho.

El Estado de derecho debía implicar por tanto, en palabras de Gastón Bachelard, una ruptura epistemológica respecto de la excepcionalidad institucional de la que provenía. No podía haber continuidad en ninguno de los tres Poderes que conforman el Gobierno Federal de la Nación. Es decir, debía haber ruptura en el Poder Legislativo, en el Poder Ejecutivo y también, menudo problema, en el Poder Judicial.

Hemos resistido, a este respecto, denominar Poder Judicial de la Nación a la administración de justicia de la usurpación del poder político; no amerita ser nombrado como tal.

Creemos que en los fenómenos y en los procesos “usurpativos” no solamente hay un hecho de fuerza, desplazamiento y represión; hay también una usurpación semántica que es la de apropiar los nombres de los institutos constitucionales del Estado de derecho y nombrar, por lo tanto, al mando militar como Ley de la Nación, a quien ejerce las funciones ejecutivas como Poder Ejecutivo Nacional o Presidente de la Nación, y también nominar como Poder Judicial a la oficina administrativa con funciones jurisdiccionales del usurpante.

Pongo énfasis en la palabra “usurpante” porque no comparto que se aplique a ellos, como se hizo desde 1930 y desgraciadamente ganó espacio en la doctrina argentina, la expresión “funcionario de facto”. Esta expresión, en la doctrina francesa, se aplica para aquel que tiene legitimidad de origen pero que debe trasvasar a una función que no es su incumbencia o perdurar en un mandato, más allá del término reglado.

Pero quien por la fuerza asume el ejercicio de los Poderes reglados del Estado de derecho que conforman el Gobierno Federal no es un funcionario de facto; es un “usurpante” y así debe ser definido y calificado.

Esta tesis, hoy día —y rendimos con ello el debido homenaje— está consagrada en el art. 36 de la Constitución Nacional, donde se establece el deber de observancia a la supremacía de la Constitución Nacional y se afirma que es nulo e insanable el acto usurpatorio, que son nulos e insanables los actos cometidos desde la usurpación de las potestades constitucionales. De esa usurpación solamente perdurará la responsabilidad penal y patrimonial de quienes la ejercitaron. Además, habrá dos sanciones: la de no poder ocupar cargo o función pública, a perpetuidad, bajo el Estado

de derecho; y la otra, la más fuerte que contiene nuestra Constitución histórica (art. 29), la calificación —o, mejor aún, descalificación— como infames traidores a la Patria.

De manera que la ruptura está ahora instalada, institucionalizada y forma parte de ese deber de obediencia a la supremacía de la Constitución Nacional a la que todos los argentinos, pero muy particularmente la abogacía, debe prestarle observancia.

No es ocioso mencionar que en el Congreso de la Unión Iberoamericana de Abogados de 1984 también se establece, en el Proyecto de Código de Ética de la Abogacía Iberoamericana, el deber de no prestar servicio a la usurpación del poder político. También que el Código de Ética de los Abogados de la Capital Federal establece el mismo deber ético.

Creo que aquí ha habido un cambio de paradigma; de aquel paradigma del positivismo jurídico en el que la eficacia de un bando impuesto por la fuerza podría generar la supuesta legitimación del emisor del bando, se ha pasado a una nueva formulación —digo que es una ruptura epistemológica—, que se resume en el apotegma que establece: “el derecho solo puede ser creado y solo puede ser aplicado desde el derecho”.

A partir de aquí no habrá continuidad entre usurpación del poder político y Estado de derecho. El Estado de derecho se validará en la voluntad popular pero no en la continuidad temporal con la usurpación del poder político. Ahí habrá ruptura, discontinuidad y existirá, cualquiera sea el tiempo que demore, una imprescriptibilidad de la responsabilidad penal y civil de aquellos que han cometido el acto usurpatorio o ejercido de modo usurpativo facultades constitucionales.

En muchos certámenes de la abogacía argentina hemos nominado a este nuevo paradigma como “la lección de derecho”; es decir, hemos abandonado aquel principio formulado quizás con el mayor rigor por el jefe de escuela del positivismo jurídico, Hans Kelsen, respecto a la norma del derecho internacional consuetudinario del reconocimiento de los Estados, que opera cuando media un cambio no previsto en el orden constitucional interno, y los Estados aledaños observan si hay obediencia y eficacia de los mandatos, entonces “debe ser” la legitimidad de esos mandatos y del nuevo orden jurídico. Este paradigma del positivismo jurídico ya no

va más. Y no es solamente la Constitución Argentina la que recoge estos principios; también lo hacen otras constituciones del continente latinoamericano y las constituciones provinciales argentinas adoptadas y reformadas luego del año 1984.

De modo que este paradigma ha quedado, entiendo, consagrado para siempre en nuestra legislación constitucional y es un principio que debe ser efectivamente observado, en conciencia, por todo operador del derecho. Debemos saber y vivenciar que solamente la voluntad popular libremente expresada es fuente de validez de la actividad del funcionario y que esta no que reposa en los actos de fuerza; y que los actos de fuerza, cualquiera sea su vigencia temporal, seguirán siendo actos de fuerza y, como tales, condenables y reprochables, penal y civilmente.

En nuestro proceso de transición, el Consejo de la Abogacía Argentina, acuñado en la 10º Conferencia Nacional de Abogados de la Federación Argentina de Abogados (Rosario, setiembre 1982) —que es el certamen cumbre de la abogacía argentina—, dictaminó que no debían ingresar al futuro Poder Judicial de la Nación aquellos que se hubieran incorporado a la administración de justicia del “usurpante” y hubieran jurado las normas del llamado Proceso de Reorganización Nacional. Lamentablemente, y pese a ello, en 1984 fue cambiada la cúpula, la Corte Suprema de Justicia, y los jueces federales en lo criminal, pero el resto de aquella administración de justicia —más de 90%— permaneció intangible y siguió operando bajo el Estado de derecho, pese a sus compromisos y pertenencia a la excepcionalidad institucional.

Creo que esto ha sido un error tremendo. Me parece que sí se justifica pensar y debatir sobre la reforma y democratización del Poder Judicial de la Nación. Un dato indispensable es el de tratar de adecuar ese futuro Poder Judicial de la Nación a los requisitos de un poder democrático y republicano. Esto significa que debe tener algún grado de expresión de la voluntad popular y periodicidad en los mandatos, renovables por cierto, y que esa periodicidad debe implicar también control de gestión respecto de la actuación de los integrantes del Poder Judicial de la Nación.

Lamentablemente, la normativa inicial de este proceso de reforma y democratización del Poder Judicial de la Nación ha sido anulada vía declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero este es el sendero que necesariamente deberá transitar este

proceso para que, también a nivel de la administración de justicia, haya una ruptura entre aquellos que provienen de la excepcionalidad institucional y las exigencias del Estado de derecho, en cumplimiento del deber de observancia de la supremacía de la Constitución Nacional.

Ingresando al debate sobre ejercicio del control de constitucionalidad, quiero señalar que la Nación Argentina ha seguido el sistema estadounidense expresado en *El Federalista*, donde sin muchos remilgos se establece que es necesario un Poder Judicial vitalicio, aristocrático, contra mayoritario para evitar posibles desbordes demagógicos o populistas de los poderes políticos. Este es el origen de esa facultad extraordinaria que tienen los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

En nuestro caso, la Nación Argentina receptó en la primera Ley de Organización del Poder Judicial de la Nación —su ley 27, art. 3º— ese deber de observancia a la supremacía de la Constitución Nacional y dice: “aún por sobre los actos de los otros poderes que estén en contradicción con ella”.

Esto ha originado un sistema difuso de control de constitucionalidad que puede dar lugar, por cierto, a brillantes pronunciamientos —y los ha habido en nuestra historia institucional—, pero también a extremos abusos, no tanto quizás por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, pero sí por la adopción de medidas cautelares suspensivas de leyes generales de la Nación, lo que sin llegar al compromiso de la declaración de inconstitucionalidad, ha importado una suerte de desuetudo, por lo menos así planteada por los jueces, al no haberse puesto límite a la vigencia de las medidas cautelares suspensivas de la entrada en vigencia de las leyes.

Debo señalar, con mucho dolor, que durante la etapa de la dictadura cívico-militar ningún juez invocó el art. 3º de la ley 27 para preservar los valores de la vida, la libertad y la integridad física y psíquica del ser humano. Por el contrario, fueron dóciles, si no encubridores, con la lesión a estos valores supremos.

Sin embargo, ahora aparece la ley 27 y, frente a las medidas económicas menos sospechables, muchos jueces han hecho valer esta atribución, so pretexto de guardar observancia a la supremacía de la Constitución Nacional.

No voy a tomar un ejemplo actual, sino de 1985. En 1985 el presidente constitucional electo, doctor Raúl Alfonsín, frente a la obligación de pago de los servicios de la deuda externa y ante un estrangulamiento económico financiero, dispuso la suspensión de la devolución de los depósitos bancarios en moneda extranjera por el término de 180 días. La medida era técnicamente inviable por interferir el Gobierno Nacional en un contrato bancario privado. Sin embargo, al declararse la inconstitucionalidad, no se acudió solamente a la cuestión técnica; se dijo que si se afectaba el derecho de propiedad privada, la democracia se volvía desmedrada y puramente nominal.

Señores, yo no escuché ni leí esa frase cuando había desaparición forzada masiva de personas, cuando había encarcelados *sine die* a disposición del Poder Ejecutivo por un estado de sitio sin plazo, cuando había torturas sistemáticas y un sistema carcelario de aniquilamiento de la persona humana. Me habría gustado que los jueces hubieran hecho valer ese art. 3º de la ley 27 cuando ese principio de supremacía de la Constitución Nacional investía su máxima expresión: la tutela de la vida, la libertad y la integridad del ser humano.

Paso brevemente a describir algunas coordenadas geopolíticas de Argentina y Latinoamérica. Me permito invocar la obra del politólogo argentino Atilio Borón, *América Latina en la Geopolítica del Imperialismo*, porque allí está descripta, en forma documentada, tanto en el aspecto económico como militar, la situación concreta de Latinoamérica.

Allí se consigna que somos el continente con la mayor abundancia de recursos y riquezas naturales, la biodiversidad, la posesión no solamente de metales preciosos —los que quedaron después de la conquista y la depredación colonialista—, sino inmensas reservas de minerales estratégicos para la industria y la electrónica, como el litio y el silicio. Pero tenemos una situación, sobre la otra mano, de control y sumisión: son 76 bases militares de EEUU, 27 de ellas en Brasil y las otras esparcidas por el resto del continente. Allí donde están las mayores reservas de agua potable, allí donde están estos minerales y las tierras rurales con una enorme aptitud agrícola-ganadera, allí están las bases de tutela y sumisión. Todos estos recursos y riquezas naturales están, jurídicamente, bajo la titularidad de los pueblos de Latinoamérica, pero fácticamente esa titularidad está condicionada tanto por la dependencia extractiva de las grandes empresas monopólicas trasnacionales como por la otra dependencia: las bases militares.

La segunda tesis de mi ensayo de 1985 —bastante fuerte, anticipó— era que para un Estado dependiente la ruptura de la dependencia es condición *sine qua non* del Estado de derecho. Con esto quería significar que en la medida en que hubiera dependencia y sumisión —producto de la deuda externa, de la dependencia tecnológica, de la dominación militar, de políticas fiscales que gravan más el consumo que la riqueza—, muy difícilmente los países de Latinoamérica y, en particular la Argentina, podrían transitar un proyecto de autodeterminación e independencia económica.

La deuda externa argentina, más allá de su control de legitimidad, ha sido puesta en caja a través de la renegociación llevada adelante por el gobierno argentino a partir del año 2005. Sin embargo, sigue siendo un peso fuerte para nuestras posibilidades de desarrollo autónomo.

Los Tratados Bilaterales de Inversión y el Convenio CIADI son otro factor de sumisión; en este caso, de nuestra soberanía legislativa y jurisdiccional, tema que habré de abordar. Creo que también una necesaria revisión de la política fiscal tiene que llevarnos a un sistema en el que la riqueza sea el primer factor de gravamen y el consumo suntuario el que le siga, pero no así el consumo popular o masivo.

¿Cómo es la estructura jerárquica del orden positivo argentino? Desde la reforma constitucional del año 1994 ha quedado establecido que la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son la ley suprema de la Nación Argentina.

La Argentina incorpora en el acto constituyente diez tratados internacionales con jerarquía de cláusula constitucional y seis más se han sumado a través del mecanismo específico de incorporación constitucional que requiere el voto de dos tercios de los integrantes de ambas Cámaras del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22 CN). Dieciséis sobre diecisiete Tratados Internacionales de Derechos Humanos. No estamos mal; está muy bien la política que se ha seguido en la Argentina para operar por estas incorporaciones. Pero —luego lo habremos de examinar, al abordar el capítulo de derechos humanos—, la cuestión es si basta con la incorporación normativa institucional o si la política de derechos humanos supera la idea de catálogo de derechos humanos y requiere, por tanto, de una actividad más profunda del Estado para la efectivización de esos derechos.

Pongo de relieve que los dos Tratados más importantes, de mayor jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos —me refiero a los Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966/1976: el de Derechos Civiles y Políticos; y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— comienzan con la misma norma, la cláusula 1º es idéntica en ambos tratados. Expresa el derecho de autodeterminación de los pueblos, la titularidad de esos pueblos sobre sus recursos y riquezas naturales y la facultad de disponer de ellos de la forma más justa; es decir, su independencia económica.

Fijensé que no es la titularidad de los Estados ni la titularidad de los gobiernos; es la titularidad de los pueblos. Los pueblos de Latinoamérica tienen, por la normativa más alta del derecho internacional, y en nuestro caso del derecho interno, esa titularidad jurídica.

Con gran acierto, la Presidenta de la Nación, en su discurso del 9 de julio de 2010 por los 200 años del inicio de nuestra independencia, dijo que "... no habrá autodeterminación plena sin la necesaria independencia económica...". Hay que refrendar esa enunciación.

Creo que esta irrupción del fenómeno de los llamados derechos humanos... Y aquí tengo una ligera discrepancia con la mesa anterior, que los llamó derechos fundamentales. Supongo que se referían a los derechos humanos, pero si la normativa internacional los nomina como derechos humanos, yo los voy a llamar también así; es importante preservar esta semántica ya que, a veces, la expresión "fundamental" está empleada en un sentido equívoco —no por cierto por la mesa que nos antecediera—, para decir que hay derechos humanos fundamentales, que serían los civiles y políticos, y otros que vienen con una categoría un poquito "inferior", que serían los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, señalo, ambos Pactos Internacionales dicen que un conjunto de derechos no es posible sin el otro. Por lo tanto, tienen la misma jerarquía, son inescindibles y no hay posibilidad de uno sin el otro conjunto. Comparto esta formulación y, por tanto, que todos los derechos humanos son fundamentales.

Ahora bien, ¿qué pasa con los derechos subjetivos, que son los que han insuflado nuestros modelos constitucionales históricos? ¿Hay pertenencia? ¿Hay identidad o hay diferencia con los derechos humanos? Nuevamente apelando a Gastón Bachelard —apropiando su concepción sobre las rup-

turas epistemológicas—, habré de sostener que los derechos humanos son distintos de los derechos subjetivos.

Esta distinción cuesta entenderla e imponerla en la estructura del pensamiento social y de la ideología jurídica; pero si no advertimos esa diferencia, es muy difícil que los derechos humanos adquieran la categoría que su entidad y su naturaleza propia les confiere, a lo que habré de referirme en la última parte de mi intervención.

Sí quiero señalar de entrada que el concepto de validez del derecho, su ser, su imperatividad, reposa en nuestro caso en esa conjunción del texto constitucional y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Como dice sabiamente la Constitución Argentina, los otros tratados están por sobre las leyes pero debajo de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos. No toda la normativa del derecho internacional está en la misma postura jerárquica. De manera que, por ejemplo, la Convención de Viena y los Tratados Bilaterales de Inversión tendrán que ser examinados, en cuanto a su validez, en la medida en que se correspondan y puedan validarse en estas normas supremas de los tratados internacionales de derechos humanos. Porque, al decir de Karel Vasak, primer director de Derechos Humanos de UNESCO, “... ese derecho de autodeterminación es a los pueblos lo que el derecho a la vida es a los individuos...”.

De manera que cuando estamos frente al derecho a la vida como pueblo, estamos frente a una expresión suprema del derecho internacional de los derechos humanos.

La escala jerárquica consiste en que todo derecho subjetivo debe validarse, en última instancia, en estos tratados internacionales de derechos humanos, conjugados con la Constitución Nacional. Por supuesto que esto implica también una ruptura con el orden vigente porque, en principio, los derechos humanos han crecido como una especie de enunciados normativos muy elevados y de una gran humanística, pero que es más para una postura o monserga política y moral que para una efectividad propia a la imperatividad del derecho.

Cuando, por ejemplo, están en choque, en conflicto, el derecho de propiedad privada frente a la ocupación de una casa abandonada y a la efectividad del derecho de acceder a una vivienda digna como lo establecen

la Constitución y los tratados internacionales, lamentablemente, siempre prevalece el derecho de aquel que tiene una vivienda ociosa y desocupada, como dominio puro, frente a ese derecho humano postulado en textos sacrales como son los que acabamos de referir.

Debe operar, en todo abogado, un cambio de pensamiento; debe entenderse que los derechos humanos, si queremos que sean algo real y efectivo, deben superar esta subsunción respecto de los derechos subjetivos, para pasar a ser, como proponemos, la fuente última de validez de toda norma de derecho.

Desde ya anticipo que no voy a ingresar a ningún debate metafísico sobre la validez del derecho, ni tampoco sobre las teorías del poder, en las que, en todo caso, me inscribiría. Estoy hablando del derecho positivo tal como está consagrado en los sistemas constitucionales.

Todo esto es para decir que cuando hablamos de la titularidad de recursos y riquezas naturales de los pueblos de Latinoamérica y, particularmente, de la Argentina, estamos diciendo que esos recursos y riquezas naturales están tutelados, en cuanto a su titularidad, por la norma de mayor jerarquía del derecho internacional y del derecho interno y que, por lo tanto, desde allí debe verse todo otro fenómeno que concierna a la soberanía legislativa y jurisdiccional argentina.

Si, conforme el inveterado principio de todos los códigos europeos y de los códigos latinoamericanos, el lugar en que se cumple un contrato es el que fija ley y jurisdicción aplicable —y así lo dice nuestro Código Civil actual—, entonces, en nuestro caso es violatorio de los arts. 27 y 116 CN que se establezca la sumisión a una ley y jurisdicción extranjera.

Recordemos una vez más que el art. 27 CN da cabida a los tratados con las potencias extranjeras, en tanto ello no implique contradecir los principios de orden público constitucional que contiene nuestra Constitución.

Entonces, todos aquellos actos normativos que hayan importado una sumisión de soberanía legislativa y jurisdiccional deben ser revistos; es una manda hacia el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que esas cláusulas contractuales en que entregamos soberanía legislativa y jurisdiccional sean revistas y anuladas por contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos.

Este tema está en debate hoy en Argentina con motivo de la unificación y reforma del Código Civil y Comercial. Destaco y aplaudo la postura de la Procuración del Tesoro que, en las audiencias ante el Congreso de la Nación, ha sostenido el principio de territorialidad para fijar ley y jurisdicción, enfatizándolo con un agregado más: que estos principios son de orden público, de manera que no admiten convenio, pacto o acuerdo en contrario de ese principio de territorialidad de la ley y de la jurisdicción. Son parte de nuestra soberanía y de nuestro derecho de autodeterminación y así debemos proclamarlo. Porque el enunciado *pacta sunt servanda* es un gran principio, pero hay que empezar por casa. El principio es, efectivamente, que los tratados deben ser cumplidos y obedecidos, y que esos tratados tienen que respetar estos principios de soberanía de jerarquía constitucional.

Sinceramente no creo que los tribunales arbitrales sean una garantía de seguridad jurídica. Voy a decirlo con dos ejemplos muy concretos que afectan a la Nación Argentina. No entiendo que un tribunal arbitral pueda admitir a un accionista que se presente por separado a la empresa que contrató para reclamar una indemnización; en el derecho, que el accionista sea inversor no lo convierte en parte. El concepto de parte contratante es un concepto muy rígido, muy definido en la normativa y dogmática jurídica.

Tampoco me satisface la explicación de que la admisión del accionista sea una norma consuetudinaria del derecho internacional; me parece más una ignorancia del derecho o, lo que es más grave, una inaplicación voluntaria del derecho.

Entonces, estos principios de la normativa y dogmática jurídica deben ser custodiados, como también debe custodiarse que si, respecto del derecho aplicable para resolver los conflictos, el Reglamento CIADI establece —en el segundo renglón del art. 42— que este es el derecho nacional del país que recibe la inversión, el que haya sido retrogradado detrás del cuarto recurso o fuente normativa —el *ex aequo et bono* de los árbitros— significa un inocultable quiebre del *pacta sunt servanda*, porque el Reglamento CIADI está por sobre el buen criterio de los árbitros (*ex aequo et bono*).

De modo que seremos celosos guardianes de más de 200 años de positivismo jurídico para señalar que si la ley —el Convenio CIADI, en este caso— define los parámetros de la jurisdicción y también cuál es la ley aplicable, deben ser estas disposiciones —y no el *ex aequo et bono*

(que no tiene ningún referente empírico ni normativo sustentable)— las que se empleen para resolver los diferendos jurídicos (art. 25, Reglamento CIADI).

Llega el momento de una decisión, de ver para dónde empujamos los abogados del Estado. Y me ha parecido lindo tomar el texto de Lewis Carroll, *Alicia en el país de las maravillas*. Cuando Alicia, desconcertada, le pregunta a ese personaje tan inteligente que es el Gran Gato: “¿Y de aquí, cómo se sale?”, el Gran Gato le responde: “Depende de dónde quieras ir”.

Voy a asumir por un momento la respuesta al interrogante “¿De aquí cómo se sale?”, pensando que queremos salir por la vía de la integración de Latinoamérica y el Caribe para tutelar nuestros recursos y riquezas naturales; para enfrentar de consumo los problemas de la dependencia, la deuda externa, los tratados bilaterales, los tratados de protección de inversiones extranjeras, la sujeción al Convenio CIADI, para que de esta manera los pueblos y los gobiernos latinoamericanos recuperemos el poder de decisión sobre nuestros recursos y riquezas naturales.

Creo que ello va a redundar en un fenómeno de constituirnos efectivamente como Nación, y que vamos a dejar de ser objeto de derechos para pasar a ser sujetos de derecho. Creo que esta es la transición que necesariamente debemos recorrer y a la que estamos convocados todos los abogados que prestamos nuestro saber a la función del Estado —y dentro ella, fundamentalmente, a su noción de soberanía y autodeterminación—.

Estamos y apostamos por la vida de los pueblos, por preservar sus recursos y riquezas, por poder decidir sobre ella, y por tener su soberanía legislativa y jurisdiccional.

Ahora voy a abordar lo que nomino “la política de derechos humanos”. Me gusta conceptualizar que los derechos humanos son formulaciones normativas reconocidas por los Estados con cierto grado de sacralidad, que reconocen necesidades humanas socialmente objetivadas que deben ser resueltas por medio y a través de la estructura social.

Estoy, así, significando que no alcanza con definir derechos humanos como una mera positividad normativa; estoy introduciendo el concepto de necesidad como sustrato material de los derechos humanos, contraponiéndola

a la noción de interés jurídicamente protegido de los derechos subjetivos. Interés versus necesidad, entendiendo que la necesidad tiene la dimensión de lo universal, que la necesidad es aquello sin lo cual el ser humano no puede ser tal. Y esa necesidad, que debe ser satisfecha a través y con recurso a la estructura social, se expresa a través de un vocablo muy particular que es la palabra “acceso”, acceso al derecho; palabra ésta que no está en el constitucionalismo histórico del siglo XIX pero que se incorpora con el constitucionalismo social.

Me permito recomendar la lectura de la contratapa de *Página 12* del día de ayer,⁽³⁾ donde un querido amigo y también consultor de la Procuración del Tesoro, el Dr. Bernardo Kliksberg, habla del acceso al alimento como derecho humano fundamental. Otro gran experto de Naciones Unidas, el profesor Asbjorn Eide, autor intelectual de los pactos internacionales de derechos humanos, también habla del “acceso” como la palabra clave.

La palabra “acceso” tiene una connotación jurídica muy importante. Primero, señala que hay desposesión y, en segundo término, que esa desposesión configura una antijuridicidad objetiva, lo que conlleva una obligación de resultado, como dice Eide, que es —esa obligación de resultado—, poner al desposeído en posesión del derecho reconocido en la norma de derechos humanos. Esto es política de derechos humanos; no solamente poner carteles respecto de lo que debe ser, sino realizar esa enorme obra de ingeniería social que subyace a la política de derechos humanos.

Si me admiten por gráfica la metáfora, emplearé una metáfora vial. Hay un cartel que dice “Acceso Sur” o “Acceso Oeste”; está bien que esté puesto el cartel, pero sería perfecto si además del cartel hay una obra de ingeniería vial que posibilita efectivamente justificar el cartel y emplear el acceso.

Si los textos jurídicos hablan del acceso a la vivienda, a la salud, a todo este conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, no es solamente cuestión de incorporarlos con rango constitucional o de ratificarlos; es cuestión de comprometerse a realizar esa obra de ingeniería social.

Si uno examina todos los informes y los discursos del Secretario General de Naciones Unidas en cada Cumbre Mundial de Derechos Humanos, va

(3) Diario *Página 12*, edición del 04/12/2013.

a ver que la preocupación no es la de dictar una nueva Declaración Universal; sino la de hacer efectivos esos derechos que venimos proclamando hace más de cincuenta años.

Es cierto que los derechos civiles y políticos, en buena medida, se observan si el Estado se abstiene de interferir. ¿Se abstiene de qué? Me gusta también esta metáfora: se abstiene de cortar cabezas, de enjaularlas o de abollarlas. Con eso cumple, en buena medida, con libertades civiles y políticas. Pero cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene que obrar para que ellos estén en la capacidad efectiva de cada ser humano.

Esto es política de derechos humanos, porque lo peor que podríamos hacer es emplear el discurso de los derechos humanos como una monserga ilusionante que está en un mundo nebuloso de la normatividad jurídica, pero que no permea ni transforma la realidad, que es donde están las necesidades que deben ser satisfechas con recursos y a través de esa política de derechos humanos.

Una lámina de Naciones Unidas expresa esto mismo de manera gráfica y dolorosa: fondo azul, en negro la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la base la foto de un niño próximo a la muerte por inanición. Ese niño es sujeto titular de esos derechos, pero esa titularidad jurídica no le va a resolver el problema de la muerte inminente. Ese problema de la muerte inminente es conjurar, en palabras de Eide, el genocidio silencioso del hambre; y en palabras de Kliksberg, es facilitar que la enorme cantidad de producción alimentaria sea distribuida equitativamente en el planeta. Creo que esta es la misión de los abogados y de todo cientista social.

Alguna vez he parafraseado la onceava tesis de Marx sobre Feuerbach cuando decía: "Los filósofos estudiaron el mundo, nuestra misión es cambiarlo". Yo diría, los juristas del siglo XX redactaron los derechos humanos —enhorabuena—, los del XXI estamos comprometidos con la realización y la efectividad de estos derechos.

Para ello habrá que superar los obstáculos estructurales de la desigualdad y habrá que superar también el obstáculo epistemológico de subsumir a los derechos humanos en la hegemónica visión de los derechos subjetivos.

Nuestro mundo hoy es el mundo de los derechos humanos y de su primacía sobre los derechos subjetivos. Va a ser una lucha ardua, pero creo que es el compromiso de la abogacía estatal.

Finalizo haciendo una referencia a lo honrosa que es la tarea de los abogados y de los abogados estatales en particular. Creo que el primer escalón de todo control de validez y de constitucionalidad de una norma nace en el operador del derecho que da lugar o controla el nacimiento de una norma, sea un acto particular, una sentencia judicial, sean las leyes o las constituciones. El control de validez lo ejercemos en forma también difusa todos nosotros. Y ese deber de obediencia a la supremacía de la Constitución Nacional debe ser internalizado en conductas. Este deber de observancia a los principios jurídicos y a la legalidad del Estado de derecho lo tenemos que llevar como el flujo sanguíneo en nuestro cuerpo.

La abogacía es una honrosa profesión y creo que en esa tarea llevamos comprometido un principio de excelencia. No podemos menos que exigir y que exigirnos la excelencia cuando se trata de la defensa de los intereses del Estado Nacional porque ello implica la defensa de todo el pueblo de la Nación Argentina. Esto es abogar por las condiciones de igualdad, de libertad y de fraternidad de todos nosotros, en la Argentina, en Latinoamérica y en el mundo. Y para esa libertad e igualdad tenemos que reconocernos en la diferencia; tenemos que admitir al otro, saber convivir y dialogar para poder llevar adelante esta inmensa tarea americana a la que estamos convocados para que, definitivamente, mediante la autodeterminación y la independencia económica, nos constituyamos en Estados, naciones y pueblos que han sabido preservar el valor de la vida, de la libertad y de la integridad del ser humano.

Como dicen los pactos internacionales de Naciones Unidas: nuestro objetivo en esta tarea debe ser un hombre —y agrego, un pueblo— libre respecto del temor y libre respecto de la miseria. Muchas gracias.

Proyecto Nacional y Constitución

Normas de política económica constitucional

por JORGE FRANCISCO CHOLVIS⁽¹⁾

I | El Proyecto Nacional, esencia de la Constitución

En nuestro país desde hace mucho tiempo el contenido **global** de la Constitución no cuenta con la voz del pueblo, pues al tema se lo tuvo como una cuestión inoportuna y fastidiosa, y además se creó la **falsa imagen** de que ocuparse del mismo es un esfuerzo inútil y que es necesario dejarlo para otros tiempos y otras personas. Así, lo que se refiere a la Constitución es postergado ante otras exigencias que tiene la vida cotidiana.

Por cierto, ello parte del falso supuesto de encarar a la Constitución solo como un instrumento **jurídico** y no entenderla como un **elevado documento político** que institucionaliza un Proyecto de Nación, lo que supone, en esencia, un evidente desconocimiento sobre el tema constitucional.

(1) Abogado. Miembro Ordinario del “Instituto de Historia del Derecho” del Colegio Público de Abogados (CABA). Ex Adjunto en la Cátedra de Derecho Constitucional, Parte II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), a cargo del Dr. Arturo E. Sampay, desde el 28/06/1973 al 24/03/1976, fecha en que ambos debieron apartarse de este claustro universitario. En el período antes indicado fue designado por el referido Dr. Sampay como Jefe de Investigaciones del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), abocándose al tema de la Reforma Constitucional. Ejerció como profesor en las materias “Derecho Constitucional Argentino” y “Derecho Constitucional Comparado”, en la Universidad Argentina John F. Kennedy.

También encubre la intención de marginar al pueblo en la definición de los objetivos y medios para realizarlo, en especial sobre las normas de **política económica constitucional** que los abarca. Sostener esa actitud es reiterar la concepción **elitista** que durante el siglo XIX tuvo la definición del contenido de la Constitución **escrita o jurídico-formal**. Debemos señalar que la Constitución **real** es la suma de los factores de poder —tanto internos como externos— que predominan en una sociedad determinada, y no se puede afirmar todavía que hayan podido ser cambiados sustancialmente. **Gobierno del Estado** y **poder real** no son conceptos sinónimos.

Cabe que nos preguntemos, ¿qué se entiende por “**proyecto**”? Se puede decir que un proyecto⁽²⁾ es el orden que se piensa para la ejecución de una cosa de importancia, anotando y extendiendo todas las circunstancias principales que deben concurrir para su logro. Es el designio o programa para ejecutar una idea o conjunto de ideas. Es intención, pensamiento, planificación de varias actividades que se encuentran interrelacionadas y coordinadas. La razón de un proyecto es alcanzar objetivos específicos, calidades preestablecidas; es un emprendimiento que tiene lugar durante un tiempo limitado y que apunta a lograr un resultado único. Surge como respuesta a una necesidad, acorde con la visión de quienes intentan darle respuesta. El proyecto finaliza cuando se obtiene el resultado deseado, el cambio beneficioso que se persigue.

Los proyectos sociales o públicos apuntan a mejorar la calidad de vida del pueblo. Un **proyecto social y político** identifica al conjunto de actividades orientadas a obtener un resultado que satisfaga las necesidades urgentes de una comunidad. Busca alcanzar un impacto en la calidad de vida de la población. Basándonos en el contenido del mismo es que lo llamamos **nacional, popular, democrático y federal**. Tenemos que recalcar que es el proyecto más importante en la medida en que influye en todo un país; de tal modo, es la iniciativa que define y pone marco a toda actividad que se emprende para sacar adelante una Nación. Es marcar un camino, emitir señales claras y concretas de cuál debe ser la dirección de un Estado, de una patria y de un gobierno, lo “que no es otra cosa que defender irrestrictivamente la dignidad del pueblo y los derechos de la Nación”.⁽³⁾

(2) Proviene del latín *projectus*.

(3) LANTOS, NICOLÁS, “Los argentinos en conjunto tienen que cuidar esto”, en *Página/12*, Bs. As., 15 de mayo de 2014 que refiere a Cristina Fernández de Kirchner, desde el Patio de los Patriotas Latinoamericanos de la Casa Rosada, el 14 de mayo de 2014.

Por todo ello, un proyecto de estas características necesariamente debe estar en conexión con la Constitución. Es más, nunca podrá mantenerse en contradicción con ella. Deben necesariamente estar en estrecha unión. En caso contrario, si prevalece la Constitución el proyecto fenece, puede decirse que ha fracasado; y si logra su objetivo la Constitución se ha de ajustar al mismo. **Es el futuro del proyecto.**

Es que, como vimos, la Constitución más que un instrumento jurídico es la institucionalización al más alto rango normativo de un **Proyecto de Nación** definido, compartido y apoyado por los más amplios sectores de la población. Por ende, el pueblo no puede estar ausente de esta problemática. Estamos en el siglo XXI donde debe tener plena vigencia la democracia social y participativa. No cabe sostener procedimientos y métodos del siglo XIX para lo que fue una sociedad simple y no participativa.

El modelo **neoliberal** de la década del 90, con el marco político e ideológico del discurso único, dejó en evidencia sus perjudiciales consecuencias para el país y su pueblo. Fue la expresión del poder concentrado ejercido por los sectores dominantes. Egoísmo e individualismo fueron incorporados como pautas de conducta, llevando a la pérdida de la solidaridad y la crisis social. Ello se desarrolló y aplicó en el marco de la Constitución **escrita** vigente.

El espacio que va desde la Constitución **escrita** a la Constitución **real** se nutre con la **interpretación** de la Constitución, y cuando se tratan estos temas estamos en un ámbito eminentemente **político**. O sea, hablar de la Constitución es encontrarse en el plano político, y recíprocamente cuando se adopta una actitud política o una decisión institucional, se está utilizando un criterio de interpretación constitucional acorde a determinados intereses. El punto pasa entonces en saber a **qué intereses defiende esa interpretación** de la Constitución: si a satisfacer los intereses de unos pocos en base a una concepción oligárquica o al progreso de la Justicia, que en realidad es la **finalidad natural de la Constitución**.

Como el **anhelo de Justicia** es inherente a la índole humana pese a la terca resistencia de los derechos adquiridos, en la infraestructura sociológica de la Constitución subyace la lucha por el predominio político y pugnan los ideales que surgen del pueblo por una Constitución mejor contra la obstinación oligárquica en resistir su transformación.

Con la asunción del Presidente Néstor Kirchner en 2003 se inicia otra etapa en la República Argentina, la que es continuada actualmente por Cristina Fernández de Kirchner. Es así como en las iniciativas del Gobierno Nacional se aprecia una alta política en defensa de los derechos humanos y del derecho a la verdad, una política en favor de la intervención activa del Estado en la economía, morigerar las desigualdades sociales impulsando una justa distribución de la riqueza, igualdad de oportunidades en educación, abrir fuentes de trabajo y efectivizar derechos laborales, como también diversas medidas en favor de sectores marginados y entre otros resultados trascendentales una política de medios de comunicación para todos y, con vocación emancipadora, impulsar la integración latinoamericana. Es un modelo de desarrollo social y económico, y de recuperación de valores perdidos, que se contrapone al intento de restauración neoliberal que desde ciertos sectores se impulsa actualmente. Así es que se observa la confrontación entre quienes representan dos modelos de carácter económico, social y cultural muy distintos.

Estamos encarando **un proyecto nacional y popular**, que debe ser continuado y profundizado, y que por cierto cuenta con la necesaria legitimidad política obtenida mediante la vía electoral. El camino es consolidar la democracia y acentuar los cambios estructurales realizados. Por eso, una nueva **emancipación social, cultural y económica**. Un Proyecto tiene objetivos políticos, y a través de la política económica designa los instrumentos o medios requeridos para alcanzar su meta, a la vez que va postulando **nuevas bases** para dotarlo de permanencia.

Para erradicar las causas que frenan el desarrollo económico y el bienestar social, modificar la Constitución **real** y acabar definitivamente con la política del pasado, es prioritario consolidar la alternativa efectiva de poder político nacional, el motor del proceso social, y así concluir definitivamente con las políticas económicas neoliberales. Para el logro de este objetivo es necesario conocer el proceso histórico que se refleja en la Constitución **escrita**, el significado de la **Constitución de 1949** y las circunstancias que llevaron a su sanción y posterior derogación; el tema de los gobiernos **de facto** y la **supraconstitucionalidad** que los golpes de Estado impusieron mediante el ejercicio autocrático del poder, apoyados en dictámenes de constitucionalistas y de opiniones políticas trasmitidas con toda la aureola que le otorgaban complacientes medios periodísticos e instituciones académicas. Es tema a debatir si la Constitución vigente institucionaliza

objetivos y medios aptos para regir la vida de la Nación. Es necesario impulsar acciones que posibiliten un pleno conocimiento de la Constitución **escrita** vigente y su relación con la Constitución **real** contemporánea, a fin de examinar cual sería la mejor Constitución para el país, acorde a las condiciones sociales y políticas del siglo XXI.

Un **debate** que no debemos tener temor de enfrentar. Quizás la mayor de las dificultades a vencer, casi insalvable hasta el presente, es el enfrentamiento de los proyectos del campo popular, divorciados entre sí a partir de los dogmatismos de aquellos que porfían imponer ideas abstractas o alejadas de los problemas de nuestra realidad. Es tarea prioritaria delinear un espacio donde se puedan superar epidémicas y circunstanciales diferencias, y contribuir así al examen y debate de los más serios problemas nacionales, para lograr el objetivo primordial de instituir un **Proyecto Nacional** acorde a las aspiraciones y necesidades actuales de nuestro Pueblo. Es imprescindible **erradicar las falsas antinomias o sectarismos estériles** y evitar un nuevo desencuentro en las filas del pueblo. Para esta nueva etapa que está transitando la Argentina adquiere vital relevancia la **participación popular** en todos los órdenes, y es necesaria la presencia de hombres y mujeres identificados con el pensamiento nacional y popular para salir definitivamente de la profunda crisis a que nos condujo el neoliberalismo, salvaje y corrupto, que aún cuenta con el apoyo de minorías oligárquicas y de otros espacios que asumen actitudes que en definitiva la benefician.

Las diversas campañas que se ejecutan para torcer el rumbo iniciado solo son actitudes recientes de la vieja táctica de los sectores dominantes, que la oligarquía nativa usó y sigue usando en forma solapada. Cuando los factores de poder predominantes —tanto interno como externos— observan que peligran sus intereses, intentan o pretenden confundir para que no hagan mella a su poder real. Su trama tiene estos tiempos: **primero disuaden con la astucia y luego someten por la violencia**, institucionalizada o no. El Golpe de Estado y el terrorismo que desde allí aplicó fue su último recurso. Es imprescindible recordarlo y confrontar políticas para vencer esa trama perversa.

Argentina se encuentra en un momento determinante de su desarrollo social y político. En esta circunstancia histórica que estamos viviendo debemos profundizar el debate alrededor de estas cuestiones. Los **objetivos, estrategias, planes y proyectos** más adecuados a cada situación,

lugar y circunstancias, solo pueden ser bien elaborados por personas consustanciadas con un claro sentido nacional y compromiso de servicio en función de los intereses del país y de su comunidad. Pero, para su debida ejecución no alcanza con la inteligencia, compromisos y conocimientos de quienes los preparen, porque es indispensable también que el mismo pueblo **reconozca la importancia de esa acción, valorice sus propuestas y se integre** en los distintos roles que requiere la construcción mancomunada de una nueva realidad política, económica y social que comprenda a todos los sectores populares. Para ello se deben ir definiendo los **procedimientos y metodología** para lograr esa participación.

2 | Desarrollar la metodología y pautas para dar marco constitucional al Proyecto Nacional

Es necesario realizar un amplio debate con organicidad, compromisos y garantías; fijar la metodología más adecuada, sus tiempos, las asambleas y cómo se evaluarán todas las opiniones, a fin de plasmar el Proyecto Nacional que debe ser la esencia de una futura Constitución Nacional. Por tanto, cabe remarcar que para modificar la Constitución **real** que aún rige en Argentina, es prioritario concretar la alternativa efectiva de poder político nacional que nos permita concluir con todas las causas que postraron a la Nación, y apartar a todos los sujetos que las facilitaron. Luego, el cambio de la Constitución **real** producirá —recién en ese momento— la necesidad de una Asamblea Constituyente que institucionalice con procedimientos y metodología adecuados, el **Proyecto Nacional del país de los argentinos** en una nueva Constitución **escrita** acorde a nuestra realidad del siglo XXI.

Con todo acierto en 1974 Perón señaló en *El Modelo Argentino para el Proyecto Nacional* que “el camino a seguirse para efectuar los ajustes institucionales necesarios deberá partir, naturalmente, de una reforma de la Constitución Nacional. Para ello es preciso recoger las opiniones de los distintos sectores representativos de la comunidad argentina. De esta forma seremos fieles al principio de que las grandes realizaciones no se llevan a cabo si no es con la participación de todo el país”. Ya en ese tiempo remarcaba que “el país necesita ver materializado el Proyecto Nacional”.

En todo proyecto se encuentran diversas etapas para su definición y concreción. Como vimos, primero surge una idea que reconoce una necesidad, y que en el caso del Proyecto Nacional “no es otra que defender irrestrictamente la dignidad del pueblo y los derechos de la Nación”; luego, viene el diseño del contenido del proyecto en sí mismo con la valoración de las estrategias y opciones y finalmente se llegará a la etapa de su realización. Es el recorrido para la concreción del proyecto. Pero para su permanencia se requiere una etapa más: es indispensable la **institucionalización del proyecto** al más alto rango normativo.

Por tanto, sostenemos que es preciso desarrollar en esta etapa histórica de la Argentina la metodología y pautas para implementar el nuevo proyecto en curso, con aportes desde una perspectiva **multidisciplinaria y pluri-sectorial**; la trascendencia del tema lleva a descartar desde hace mucho la alternativa que sostenga que el mismo sea encarado solamente por un sector social o político. Como programa de acción para su realización proponemos que, con amplia participación popular, se definan los ámbitos y criterios de organización, la metodología y pautas para avanzar en el debate. Luego, vendrá la segunda etapa sobre el **contenido del proyecto**; qué país desean ahora los argentinos. O sea, debatir y definir sus puntos esenciales y, asimismo, la estructura institucional para su ejecución. Finalmente, alcanzaremos la tercera etapa, que es la que ha de encarar el diseño arquitectónico de la Constitución **como marco del nuevo proyecto**, y alcanzar su institucionalización al más alto rango normativo.

El Pueblo no puede estar marginado. Es inadecuado e injusto, y debe contar con una participación protagónica en la definición de la metodología, procedimientos y contenidos. De tal forma, es necesario que dicho debate sea **anterior a su tratamiento formal en el ámbito parlamentario**. Sostenemos que es imperioso adoptar respuestas y propuestas concretas sobre la problemática socio-política nacional y sobre las pautas del Proyecto Nacional. Es realizar la alta política que precisa la Nación.

Será necesario acometer un **gran debate** en el cual los distintos estamentos de la sociedad defenderán sus juicios y propuestas. Pues para expresar de la manera más clara y fundada la determinación que se ajuste mejor al interés de la República y al bienestar de su Pueblo no alcanza el análisis en el plano de técnicos o especialistas en temas constitucionales.

Debemos impulsar un nuevo diseño para la **parte dogmática** de la Constitución, y en diversos títulos delinear los puntos esenciales que hacen a los principios fundamentales de la Nación, la presencia de un Estado activo, el régimen económico, los derechos, deberes y garantías básicas —ya sea individuales, políticos o sociales—; en especial, educación y cultura. Será punto determinante precisar el rol del Estado. Su intervención a través de políticas públicas en el ámbito económico-social.

Se deberá normar lo referente a la propiedad y protección de nuestros recursos naturales y el medio ambiente, acorde a nuestra realidad contemporánea: precisar en el proyecto la importancia de la investigación y desarrollo, impulsar el conocimiento como vía principal en el mundo contemporáneo para hacer efectiva la soberanía nacional e instituir especialmente en el proyecto un apoyo diferenciado para las PyMES.

Es necesario institucionalizar al más alto rango normativo un sistema de comunicación social que asegure el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información veraz y la libertad de expresión, promoviendo la participación ciudadana. Establecer con precisión que los medios de comunicación social no podrán conformar, de manera directa o indirecta, monopolios u oligopolios.

Las bases del proyecto deberán precisar normas para preservar y asegurar la supremacía de la Constitución. Será relevante, en tal sentido, dar cauce institucional a la participación del pueblo en defensa de sus intereses y en el sostén de la Constitución.

Es imprescindible incorporar normas para hacer efectiva la soberanía jurídica y recuperar la facultad jurisdiccional de la Nación en trascendentales temas que no deberían dilucidarse ante tribunales o árbitros foráneos.

También se deberán diseñar los principios normativos para la protección de la soberanía legislativa, que se encuentra encorsetada por los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI) y la telaraña de sus cláusulas, que inciden sobre funciones esenciales y propias de un Estado soberano.⁽⁴⁾

(4) Para precisar el debate sobre la parte dogmática de una futura Constitución, en el punto 7 tratamos diversos preceptos que se refieren a la política económica constitucional y al rol del Estado, que los consideramos bases esenciales del Proyecto Nacional. A medida que avancemos en el debate que proponemos realizar en este trascendente tiempo histórico

En lo que concierne a la **parte orgánica** del texto constitucional, ha de merecer una revisión atinada la organización y funcionamiento de los distintos poderes del Estado, cuáles son sus atribuciones, cómo se distribuyen sus funciones y cuáles serán sus relaciones. Se tendrá que democratizar el poder judicial y alcanzar la transformación de los sistemas y prácticas judiciales.

En cuanto a la estructura del Estado Nacional será menester diseñar preceptos que promuevan un nuevo federalismo para concretar un desarrollo equilibrado y armónico de la Nación. En tal sentido, no puede dejar de considerarse la cuestión de la gran concentración urbana en el área metropolitana. Es necesario pensar el traslado de la Capital Federal a otra zona del interior del país que coadyuve a lograr esos altos objetivos. De tal forma se posibilitará, asimismo, hacer efectiva una nueva concepción geopolítica, tanto hacia el interior como hacia el exterior de nuestras fronteras, lo que permitirá promover el desarrollo de nuestras zonas postergadas y avanzar en el marco de una efectiva integración Suramericana.

A esos efectos, es preciso dar un salto decisivo en los procesos de integración con los países hermanos de la Patria Grande. Será un principio fundamental para fortalecer los procesos de unidad y progreso social de nuestros pueblos.

Sampay estimulaba y auguraba que en una nueva Constitución los sectores populares han de instituir “un gobierno democrático con atribuciones necesarias para planificar la utilización de todos los recursos del país, con la finalidad de promover un desarrollo independiente y potente de la economía nacional, sin lo cual no hay posibilidad de efectuar la justicia”. Esto es, realizar el fin natural de la comunidad, que la Constitución debe estructurar para que todos y cada uno de sus miembros puedan perfeccionarse íntegramente conforme a la dignidad humana. En la senda hacia ese alto objetivo no se puede dejar de tener presente que para ello es indispensable la **unidad y organización** de los sectores nacionales y populares. Su indestructible unión será el camino seguro para lograrlo.

El **desafío histórico** que nos plantea esta etapa iniciada en mayo del 2003 lleva a conceptualizar, organizar e institucionalizar al más alto rango normativo

que transitamos los argentinos trataremos otros temas, tanto en lo que se refiere a la faz orgánica de la Constitución como también a su parte dogmática.

las transformaciones logradas en el siglo XXI como necesidad principal del campo popular para sostenerlas a futuro, y también por convencimiento de que ello ha de ser la forma de profundizar el proceso en otros aspectos donde aún no fue posible por la correlación de fuerzas que impidió lograr las transformaciones que reclama este siglo. En tal virtud, en la actualidad, se torna inminente la necesidad de precisar estas transformaciones, especialmente en materia económica y social, para poder continuar la construcción de **una Patria para todos, justa, libre y soberana**.

3 | El rol del Estado y la política económica constitucional

Vamos a tratar particularmente un tema que consideramos fundamental para la continuidad y profundización del Proyecto Nacional que estamos implementando los argentinos en este siglo XXI. Entendemos que para ello se debe debatir el rol del Estado. Propondremos el diseño de nuevas normas de política económica constitucional como bases institucionales para incorporar en una futura Constitución, a fin de superar el condicionamiento socioeconómico que impide la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

El ser humano va colmando su ansia natural de justicia en la medida en que aumenta su cultura y la producción de los bienes que satisfacen sus necesidades. El bienestar público se obtiene por los cambios de bienes y servicios de cosas destinadas a producir bienes cuyo consumo comporta tal bienestar. Así es que hay bienestar público o Justicia cuando cada miembro de la comunidad dispone de los bienes necesarios para estar en condiciones de desarrollarse libre e integralmente; esto es, de lograr la felicidad natural. Es que la suprema finalidad de la Justicia es conseguir, acordando los cambios, la suficiencia de los referidos bienes para todos y cada uno de los miembros de la *polis*.

En la construcción articulada en defensa de la situación de predominio de los países altamente desarrollados se impuso una doctrina económica hecha dogma: la denominada “economía libre”. Y ella, en esencia, significó que la actividad económica privada de los países subdesarrollados quedaba exenta de la interferencia del poder político, inmune en su desenvolvimiento interno y externo para, de esta manera, conceder el gobierno de

la economía a los intereses económicos de los países de alto desarrollo y a los sectores internos vinculados a aquellos intereses.

Por tanto, para concluir con tal modelo que conlleva a la injusticia social es de ineludible cumplimiento practicar una serie de cambios de estructuras económico-sociales, orientadas por expresas normas de política económica insertas en un nuevo texto constitucional. No se comprende una política de desarrollo socio-económico que implica el franco desplazamiento de las antiguas estructuras si no se dota al Estado de poderes efectivos para ejecutar una política de cambios estructurales que contemplen exclusivamente el interés nacional. Está comprobado que ello no puede ser logrado por las invocadas reglas del mercado, y que la teoría del derrame que promocionan es un engaño.

Una nueva política económica constitucional debe reflejar a través de normas **claras, absolutas y unívocas** los nuevos medios económicos que nos permitan alcanzar un desarrollo económico independiente, sostenido y armónico. Economía y política no están separadas. Es indispensable tener presente que un Proyecto tiene objetivos políticos, y a través de la política económica designa los instrumentos o medios requeridos para alcanzar su meta, a la vez que va postulando **nuevas bases** para dotarlo de permanencia.

Precisamente, es la propia **esencia de la Constitución** la que hace que en su texto se deban establecer esos magnos instrumentos. Es la Constitución, entonces, como también lo expresaba Sampay, la que "fija los medios preferidos por un Estado concreto para alcanzar su fin".⁽⁵⁾ Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación y en virtud de él establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Es que la Constitución es un conjunto de normas jurídicas que regulan los poderes u órganos del Estado y establecen las obligaciones y derechos de los habitantes y ciudadanos, disponiendo el contenido social y político que debe animarla. Sabido es que la Constitución también es una declaración programática de principios y aspiraciones en la que no solo se regula lo que ya es, sino que se afirma una vocación de lo que debe ser orientadora

(5) SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Bs. As., Bibliográfica Omeba, 1961, p. 412.

de los gobernantes y educadora de los gobernados; es la función docente de la Constitución. Por cierto, se sostiene —y así lo entendemos— que es la Ley Fundamental que pesa tanto sobre los poderes constituidos como sobre todos los individuos, y los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por los poderes constituidos.

La definición de los temas de alta política del Estado se debe encontrar en el texto de la Constitución, pues sabemos que esta no es simplemente un documento jurídico, sino también el más elevado documento político. Bien se puede expresar que el derecho es el lenguaje del poder, cuya palabra clave es la Constitución. En esta se han de proclamar los más importantes objetivos del Estado.

Mientras la **parte orgánica** constitucional monta el aparato gubernativo y ajusta el funcionamiento de su mecanismo, la **parte dogmática** de la Constitución señala los objetivos que dicho dispositivo debe lograr y que constituyen la propia razón de ser de todo el organismo gubernamental. La organización del poder político, dispuesta por toda Constitución, está elaborada para actuar en función de su parte dogmática, que es donde se fijan los fines a lograr. En la parte dogmática encontramos la orientación filosófico-política, la esencia de la Constitución: en ella están dados los **fines** y los **medios** adecuados para conseguirlos, y por lo tanto, lleva involucrada una determinada concepción del Estado.

De tal modo, una nueva Constitución Nacional habrá de ser el instrumento de alto rango normativo que institucionalice el **Proyecto Nacional, Popular y Democrático** en curso y concrete el objetivo ineludible de transformar las estructuras caducas que impiden el desarrollo político, económico, social y cultural de la República.

No debemos olvidar nunca que hablar de la Constitución es encontrarse en el plano político, y recíprocamente cuando se adopta una actitud política o una decisión institucional, se está utilizando un criterio de interpretación constitucional acorde a determinados intereses. El punto pasa, entonces, en saber **qué intereses defiende esa interpretación** de la Constitución: si a satisfacer los intereses de unos pocos en base a una concepción oligárquica o al progreso de la Justicia, que en realidad es la **finalidad natural de la Constitución**.

Por ello, se debe precisar sin demora el proyecto que le proporcione a un Estado eficaz los resortes institucionales básicos para impulsar el desarrollo económico nacional, sin perjuicio de dejar señalado el amplio campo que se le debe reservar a la iniciativa privada no monopólica. Es de toda necesidad fijar con pautas precisas el Proyecto Nacional que reclama el país e inscribirlo en una nueva Constitución que organice el predominio político de los estamentos mayoritarios, y ordene la actividad y el uso de los bienes con miras a establecer la Justicia.

Un país que aspira a desarrollarse integralmente no puede dejar en manos ajenas el manejo de ciertos engranajes de su mecanismo productivo, si es que no quiere que su economía sea un acoplado de la economía extraña que le manipula esas piezas esenciales. En consonancia con ello, la intromisión económica a través de teorías y recetas ajenas a nuestra realidad como también la imposición hegemónica de la teoría del liberalismo económico llevaron a nuestro país luego de ser derogada la Constitución Nacional de 1949 a suscribir “cartas de intención” y otros documentos con organismos financieros internacionales que implicaron la renuncia al manejo de nuestra economía y que constituyeron un intervencionismo neocolonial.

Así fue que en las pasadas décadas de **reformas estructurales de inspiración neoliberal**, impulsadas desde el llamado “Consenso de Washington” y con el apoyo de los grupos de poder económico internacional articulados a ellas y de las oligarquías locales, forzaron la adopción de un conjunto de políticas orientadas a reducir a un mínimo los ámbitos de ejercicio de la soberanía y así perjudicar el margen de mediación estatal. El desmantelamiento del patrimonio y de las capacidades estatales de decisión soberana fue paralelo a la creación de un entramado jurídico internacional orientado a recortar adicionalmente la capacidad de decisión soberana de los Estados dominados.

Debemos configurar una Nación con capacidad suficiente de decisión nacional y no una Nación en apariencia, que conserva los atributos formales del poder, pero no su esencia. Es claro que la República Argentina no debió renunciar a su soberanía, y deberán quedar como triste recuerdo de la historia del pueblo argentino los tiempos en que las cartas de intención, los memorandos de entendimiento y los acuerdos de derecho de giro (*stand by*) suscriptos por funcionarios para comprometernos con el FMI y otros organismos internacionales de crédito, se interponían en las decisiones del

gobierno nacional. Estos documentos se transformaron, así, en un soporte de máximo rango en la conformación de la Constitución **real** del país, que sometió y condicionó a la Constitución **jurídica**. En base a dichos instrumentos, el FMI asumió una función de co-redacción y vigilancia del cumplimiento de los programas económicos de “ajuste”. De tal modo, también el país, por esas vías, sufrió un desmedro sustancial en el ejercicio de su soberanía. La dependencia se concretó así en la transferencia de la decisión nacional en la confección de los programas económicos. Los resultados estadísticos de las políticas neoliberales están a la vista, como también las graves consecuencias que dejaron en nuestro país.

La competencia y el individualismo inundaron no solo las políticas económicas, sociales y educativas, sino que se instalaron en el devenir cotidiano. Por cierto, ello fue logrado con una determinante presencia del Estado. El interés en hacer aparecer a los **tiempos del neoliberalismo** como un período de ausencia del Estado hace a la esencia de su discurso. Sin embargo, para instalar esa política fue necesaria una gran actividad estatal. Es un argumento falaz sostener que el Estado no estuvo presente. Por el contrario, se lo utilizó activamente en el diseño y sostén de las políticas económicas que venían promovidas desde los grandes centros de decisión internacionales, amparadas en lo interno por sectores económico-financieros locales, los grandes medios de comunicación, y las políticas represivas que se implementaron para marginar a amplios sectores sociales y políticos. La actividad del Estado que se impidió fue otra: la que debía realizar en el plano económico-social en beneficio del pueblo para lograr superar el condicionamiento socioeconómico que impide la vigencia de los más elementales derechos humanos básicos.

Por ende, se puede afirmar que los mentores del neoliberalismo, cuando critican al Estado, no se refieren al que utilizó para instalar sus políticas; lo que están criticando y tratan de evitar es la necesaria presencia de un Estado activo, dotado de los recursos humanos, técnicos y financieros en defensa de los intereses nacionales y populares. Al Estado que fije límites a los poderes económicos y financieros que han minado el fundamento democrático de la vida social, como asimismo los derechos y libertades del pueblo. O sea, tratan de evitar al Estado que ya está comenzando a actuar. Entonces es indispensable ser precisos y poner de relieve durante el debate político **a qué concepto de Estado**

se hace referencia. Por nuestra parte, bregamos por un Estado **activo**, que impulse el progreso de la Justicia, que es el sentido esencial de la historia. El otro Estado, al estilo de la centuria pasada, constituye un claro anacronismo histórico.

4 | Constitucionalización de nuevos principios económicos

Cada proyecto de Nación asigna un determinado rol al Estado y, en consecuencia, es necesario insertar la cuestión en el contexto de una **Teoría general del Estado contemporáneo**. Y en primer lugar, el interés nacional exige la independencia del poder político de toda influencia extraña, como también que se encuentre suficientemente facultado para ordenar la política económica conforme a una planificación que lleve a la integración y al bienestar del pueblo. Para el cumplimiento de las **metas sociales, económicas, científico-tecnológicas y culturales**, es necesario desarrollar una política consustanciada con los ineludibles intereses patrios y con una democracia plena de justicia social que responda a los altos intereses del país y de su pueblo y se inserte en un nuevo Proyecto Nacional de los argentinos.

En la Asamblea Constituyente de 1949, al exponer el Informe de Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución en la reunión del 8 de marzo de 1949, como prolegómeno y con el fin de mostrar la **orientación filosófico-política y la fisonomía jurídica** que sustentaba la Constitución que se sancionaría, Sampay efectuó una reseña de nociones fundamentales que son la **esencia de la Constitución**, y que se deben tener presentes:

La Constitución es una estructura de leyes fundamentales que cimenta la organización política del Estado, fijando sus fines y enunciando los medios adecuados para conseguirlos, y que establece, además, la manera de distribuir el poder político y elegir los hombres que lo ejercen. Dicho con otras palabras, la Constitución es el orden creado para asegurar el fin perseguido por una comunidad política, y la que instituye y demarca la órbita de las diversas magistraturas gubernativas.⁽⁶⁾

(6) *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 1949, t. I, p. 269.

Son la parte dogmática y orgánica de la Constitución. El texto de la Constitución Nacional de 1949 instituyó nuevas normas de política económica constitucional, las que especialmente se establecieron en el Capítulo Cuarto de la Primera Parte, titulado “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”. Es sabido que dicho texto fue derogado por una Proclama del golpe de Estado que en 1955 dio comienzo a la **supraconstitucionalidad de facto**, y al largo período de crisis constitucional que transitó la Nación. Por cierto, también son conocidas las graves consecuencias que ello dejó para nuestro Pueblo.

Las actuales generaciones estamos insertas en una circunstancia cuya amplitud, complejidad y dinamismo son hechos sociopolíticos insólitos. Sin embargo, en nuestro tiempo la **ecuación independencia política formal-dependencia económica real** aún continúa expresando la contradicción polar característica de la sociedad internacional contemporánea. La misma subraya la situación de la mayoría de los países que no han alcanzado un desarrollo pleno y define los rasgos esenciales del **neocolonialismo**. El primero de esos elementos apunta a datos jurídico institucionales que conforman el concepto de soberanía estatal; el segundo, en cambio, traspasa los velos de la estructura institucional y muestra una situación de subordinación, de falta de verdadera autonomía, que se contrapone al concepto legítimo de soberanía. La falta de independencia económica incide en la pérdida de la independencia política, pues quien controla la economía de un Estado domina también su política nacional e internacional. Por otra parte, dependencia económica y subdesarrollo operan como factores en directa interacción y aseguran la subsistencia de las estructuras que impiden una efectiva vigencia de la soberanía. Ello incide directamente en el **condicionamiento socioeconómico** que ocasiona la falta de vigencia en los derechos económicos, sociales y culturales, lo que afecta a la mayoría de la población.

Incorporar el concepto de independencia económica al campo de una Teoría del Estado que interprete las circunstancias propias de nuestros países enriquecerá con una nueva dimensión la concepción tradicional de soberanía. Para los países de alto desarrollo se torna una cuestión superflua adoptar una individualización del atributo de la independencia económica. Para ellos, independencia política e independencia económica son conceptos equivalentes que conforman el “autogobierno”. Son dichos países los que ejercen el control político y económico de los pueblos

sometidos y por esta razón, dentro de la concepción tradicional, la soberanía se define exclusivamente por sus elementos político-institucionales. Confrontando ese concepto con la realidad de los países que padecen la **antinomia independencia política formal-dependencia económica real**, la definición tradicional revela inmediatamente su carácter abstracto y su falta de adecuación para reflejar una correcta relación entre la forma jurídica de la soberanía y el contenido económico-social en que ella se expresa.

El modelo correspondiente a la concepción tradicional de soberanía es el **Estado integrado** en lo político y en lo económico. Allí, la estructura político-jurídica y la económica convergen en el plano de la Nación. El modelo de los países que no han logrado aún o no gozan la independencia económica, es el del **Estado no integrado**. En este caso, la estructura política aparece formalmente realizada en el marco nacional, pero la estructura económica no se encuentra integrada en la Nación, sino que lo hace con la economía de la potencia regente. La intervención de los Estados dominantes sobre los países sometidos se efectúa a través del control de sus economías.

El Estado que no ha alcanzado un desarrollo pleno conserva los atributos formales del autogobierno, pero las decisiones efectivas le son dictadas desde el exterior. La pérdida del dominio sobre los comandos de la vida económica hace que todo el concepto de autogobierno quede subvertido. En el antiguo sistema colonial, el país colonizador imponía **desde afuera** sus instituciones y su supremacía al país sojuzgado. En esta etapa **globalizada**, las potencias que prevalecen a escala mundial, acorde a la situación de predominio que por distintas vías y variados instrumentos logran en el marco de la Constitución **real** de los países sometidos, ejercen su poder **desde adentro**, a través de las mismas instituciones establecidas en el país dependiente y direccionan sus políticas económicas.

El **concepto de soberanía** como atributo de un Estado solo se puede analizar en profundidad si se tiene presente que la esencia de ella está determinada en última instancia por su estructura económico-social. El contenido de la soberanía se encuentra regido por las condiciones concretas en que un Estado determinado se exterioriza como tal, y en las actuales condiciones del mundo la noción de independencia económica surge como un dato indispensable para integrar el concepto de soberanía. Parece ocioso insistir en la íntima vinculación que existe entre el desarrollo de los países

y la defensa del principio de independencia económica. Este no es un argumento pueril, **es un objetivo esencial**.

En la senda hacia la **emancipación**, es prioritaria la lucha por la independencia económica, política y social. En su momento la Constitución deberá incorporar los instrumentos jurídicos aptos para realizarla. Y entre los instrumentos de las transformaciones sociales, no cabe duda, habrá de ser principal y determinante, un **Estado dotado de recursos humanos**, técnicos y financieros, que refleje y efectivice los intereses mayoritarios de la Nación. En esta política, la misión del Estado deberá ser la de constituirse en palanca transformadora del cambio y del desarrollo del país y ello solo ocurre cuando el poder político está al servicio de la comunidad, pues el Estado no tiene virtudes intrínsecas que lo hacen apto y eficaz en cualquier circunstancia.

Las ramas fundamentales de la industria y la infraestructura deben contar con la presencia de un Estado activo para impulsar el desarrollo económico con arreglo a los intereses de la comunidad. No se puede dejar al solo arbitrio de grandes corporaciones transnacionales la siderurgia, la química pesada, la energía nuclear, el petróleo, la energía eléctrica, el transporte ferroviario y otros campos de actividad de importancia vital. Pues en las naciones en donde los sectores clave de la economía de un país se encuentran en poder del capital externo, se frena inevitablemente el incremento de las fuentes internas de acumulación y de financiación del desarrollo económico. Mientras los grandes conglomerados económicos extranjeros tengan absoluta libertad para ejercer sus actividades, o aunque se encuentren en igualdad de condiciones con el capital privado nacional, cooperativo o estatal, por la superioridad que la empresa transnacional tiene en capital y dotación técnica, más su dominio sobre la comercialización y los mecanismos de fijación de precios, continuarán subordinando nuestro desarrollo económico a sus intereses. Pretender imponer un sistema de mercado libre o la pretensión de instrumentar una indiscriminada “apertura económica”, representa tanto como desguarnecer de toda defensa a los grupos económicos nacionales, especialmente los industriales, dado que no se puede concebir que estos logren progresar o aun sobrevivir en competencia con las gigantescas empresas transnacionales.

En el marco de un Proyecto Nacional debe contemplarse la existencia de una armónica economía mixta: estatal, privada y cooperativa. Se debe romper la falsa antinomia entre el Estado y la actividad privada. La empre-

sa pública tiene una importante misión que cumplir y no se halla en colisión con la empresa privada, sino que, por el contrario, la complementa y favorece su desarrollo. Cuando el Estado tiene una presencia activa en la gestión y control de los resortes esenciales de la economía, la empresa pública le ofrece a la empresa privada un marco de extensos contornos, tanto para la venta de su producción como para su abastecimiento. Y a esos efectos el Estado debe participar en la promoción y el control de las industrias claves para el desarrollo.

Un desarrollo armónico, sin estrangulamientos, necesita las inversiones del Estado en la industria y en la infraestructura, y esta es una de las condiciones primordiales para el crecimiento y la prosperidad de la empresa privada por la dilatación del mercado y los efectos acumulativos que multiplican la actividad de todas las ramas de la economía. La empresa pública estimula los progresos de la técnica y puede asimilar los adelantos extranjeros sin caer en el colonialismo tecnológico que imponen las empresas foráneas. Y el desarrollo de la tecnología favorece incuestionablemente a la empresa privada. Muchas empresas argentinas, sobre todo las medianas y pequeñas, son víctimas de los grupos concentrados transnacionales, por lo cual la empresa pública, al oponerse a ello, protege a las empresas nacionales.⁽⁷⁾ Por cierto, concretar un desarrollo equilibrado y armónico de la Nación requiere diseñar preceptos acerca de un nuevo federalismo que lo haga realmente efectivo.

Son razones que justifican la **función del Estado** como promotor y director de procesos económico-sociales transformadores, y debe encontrarse debidamente incorporada en la propia Constitución. Por ello, en esta se deben insertar principios que desarrollem la función que el Estado debe realizar ante un nuevo diseño del sistema económico, delineando los órganos a los que se atribuyen tales funciones, sus competencias y límites, y postulando los fines generales de transformación, no de pura gestión del orden existente.

La constitucionalización de principios referentes a la política económica del Estado significa estatuir normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental de su estructura y funcionamiento en la actividad económica para alcanzar el progreso económico y social. La jerarquía que

(7) CHOLVIS, FRANCISCO et al., *Función del Estado en la Economía*, Bs. As., Cuenca Ediciones, 1973, pp. 12/13.

de tal forma se le otorga a dichas normas significa que tales principios se definen como elementos básicos de la convivencia en la comunidad, enderezadas a aumentar el bienestar general, procurar la seguridad económica de los ciudadanos y salvaguardar los intereses generales de la economía. La Constitución debe contener principios que expresen la función del Estado ante la ordenación del sistema económico.

5 | Los “medios” del constitucionalismo liberal llevaron a la crisis social

También para el pensamiento liberal del siglo XIX, en la parte dogmática de la Constitución, se establecían normas que se refieren a una política económica constitucional. En su texto quedaron instituidos los medios que los constituyentes consideraron adecuados para las necesidades de aquellos tiempos, pues creyeron que habrían de impulsar el progreso material y social del país. Si pudieron ser expresión de las necesidades de aquella época, ahora se encuentran en contraste con las nuevas exigencias del presente.

El constitucionalismo liberal del siglo XIX tuvo en cuenta como predominante materia económica el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda, sin permitir interferencias del Estado. Es sabido que en dicho tiempo el sistema capitalista se encontraba en su faz concurrencial de desarrollo y aún no había ingresado en la etapa monopólica de capitalismo organizado o imperial, lo que ocurre en las últimas décadas del siglo XIX. Los medios que para fomentar el progreso eran apoyados por los constituyentes del siglo pasado acorde a las circunstancias de ese tiempo histórico exteriorizan principios de la teoría económica liberal. De tal modo, la Constitución Nacional de 1853/60 incluyó dicho esquema y un **sistema completo de política económica** que lo refleja, puesto que en consonancia con la teoría liberal sus normas dejan los fenómenos de la producción, la distribución y el consumo de la riqueza sujetos al libre juego de los factores económicos.

Argentina no pudo aprovechar la etapa del capitalismo de la libre competencia para favorecer el curso de un desarrollo autónomo y la Constitución de 1853, al consentir libertades económicas y garantías excepcionales al capital externo, fue la puerta por la cual se introducen los grandes conglomerados económicos transnacionales, lo que generó en nuestro país un

desarrollo mutilado, parcial, dependiente y complementario, subordinando a las economías desarrolladas predominantes.

Las normas de política económica constitucional que se incorporaron a la Constitución como resultado de la teoría económica liberal dejaron el proceso económico sujeto a la suerte de las pretendidas leyes naturales de la economía y el Estado quedaba marginado en dicho proceso y sin tener una presencia activa en pos del progreso económico y social. Está visto que dicha política conllevó a la concentración del poder económico, lo que es la negación de la misma libertad económica que se invoca. Por esto, esa libertad que es la que hoy se encuentra cuestionada, no puede mantenerse en el mismo plano que otras libertades esenciales del hombre. Por el contrario, ella merece no pocas restricciones en pos del progreso social. Ante el grave conflicto estructural que en nuestro tiempo sufren los países, lo que está en litigio es el principio fundamental del liberalismo.

La relación estrecha que guardaban con el orden constitucional los planes económicos que se pondrían en marcha en el país a finales de 1955 determinó que se transformara en una cuestión vital el retorno a la Constitución de 1853/60 y a esos efectos derogar de la Constitución Nacional de 1949 para suprimir las normas de política económica constitucional que esta había institucionalizado al más elevado rango normativo. Aún durante las distintas interrupciones posteriores del orden constitucional que sufrió el país, y en las que la Constitución 1853/60 quedó abiertamente relegada con relación a la normativa supralegal que en ellos se impuso, en todos aquellos preceptos que se oponían a sus "directivas", "fines" u "objetivos",⁽⁸⁾ se declaró la intangibilidad de la política económica constitucional sancionada en 1853/60; y por ende, las normas que se refieren a la estructura económico-social se mantuvieron sin cambio.

La esencia de dicha **supraconstitucionalidad de facto** consistió en que abrogaba o convertía en letra muerta a las normas insertas en la parte orgánica de la Constitución que hacen a la organización del gobierno a través de la representación democrática y las reemplazaban con órdenes imperativas que instituía un gobierno autocrático y concentrado con el carácter de órgano supremo de la Nación, pero declaraban la intangibilidad

(8) "Proclama" del 27/04/1956, art. 2º; "Estatuto" del 28/06/1966, art. 3º; y "Estatuto" del 24/03/1976, art. 14.

de las normas económico-sociales de la parte dogmática. Con esa normativa, no solo incapacitaban al pueblo para decidir acerca de tópicos atingentes a la Constitución **real** del país, en especial sobre el fin que la comunidad debe perseguir, sino que impedían también el cambio y la modificación de los modos tradicionales de producción y distribución que conviene emprender cuando se quiere aumentar la cantidad y calidad de los bienes a consumir, pues para efectuar la justicia hay que acrecentar esos bienes a fin de que sean suficientes para todos.

Como no se puede ignorar que el esquema que se sancionó en 1853/60 durante el siglo XX sufrió las consecuencias de los grandes cambios acaecidos en el país y en el mundo que motivaron una interpretación **dinámica** de su texto, tampoco se puede negar que la política económica constitucional que contiene dicha dogmática constitucional no se adapta a nuestra realidad y es insuficiente, pues los medios que instituye no son aptos para eliminar los factores estructurales que generan el atraso y acentúan la dependencia exterior. Por ende, otorgar a dichos "medios" carácter de inmutables se opone al crecimiento económico y al bienestar del Pueblo.

Por el contrario, se deben ejecutar reformas estructurales profundas y sancionar otras normas de política económica constitucional con nuevos "medios" que nos permitan alcanzar un desarrollo económico independiente, sostenido y armónico, que coadyuven a efectuar la Justicia y hagan de vigencia real los derechos básicos del ser humano que un nuevo código constitucional debe también abarcar.

No podemos dejar de remarcar que los países que lograron el alto desarrollo que lucen en la actualidad iniciaron el proceso moderno con sus economías centradas en sí mismos. En cambio, los países retrasados, a partir de la revolución industrial de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, también se desarrollaron modernamente, no quedaron detenidos al margen de la historia; pero esa evolución la realizaron únicamente en determinados sectores de la producción y quedaron atrofiados en otros, según convenía una u otra cosa a los países extranjeros que penetraron con sus capitales, dirigiéndoles y plasmándoles el desarrollo de sus economías. Así, resultaron con un desarrollo deformado, mutilado, suplementario del desarrollo integral del país dominante y cargados de pesadas obligaciones externas. Por dichas políticas nuestro país no ha explotado integralmente sus recursos naturales y humanos conforme a sus posibilidades y según la técnica moderna de producción.

Sin embargo, desde los grupos concentrados del poder económico-financiero y hegemónicos de medios de comunicación social, promueven una interpretación **estática** del texto de la Constitución para revivir la etapa neoliberal iniciada a mediados de la década del 70 del siglo pasado, amparados en que la dogmática del texto histórico de 1853 en sus normas de política económica constitucional fueron mantenidas en su esencia por la Reforma Constitucional de 1994 y la confrontan con progresivas normas que la misma incorporó —por ejemplo, en los arts. nuevos 41, 42 y 75, en sus incs. 2º (párrs. 2º y 3º), 8º, 18, 19, 22, 23, y 24—, y al marginar estos preceptos sostienen en su beneficio que por disposiciones terminantes el marco constitucional garantiza el libre desenvolvimiento de los agentes que intervienen en el proceso económico. La promoción de la restauración conservadora cuestiona la intervención del Estado en la economía y lo limita en la acción a realizar en el mundo contemporáneo.

Los problemas que crea el subdesarrollo y la dependencia exterior no pueden atribuirse a errores o deficiencias en la aplicación de la política **neoliberal**, sino a factores estructurales muy conocidos que esta no puede resolver, razón por la cual lo que urge es erradicar las causas que frenan el progreso económico y el bienestar social de las naciones. Y para ello con **activas políticas de Estado** hay que defender la riqueza nacional e impedir su fuga, aumentar el poder de capitalización de la economía en su conjunto, intensificar la explotación de los recursos naturales, apoyar el acceso a la tierra y a la maquinaria agrícola a quienes desean trabajar en el campo, expandir el mercado interno, impulsar el proceso de industrialización, posibilitar a los sectores trabajadores una mayor participación en la renta nacional y, en fin, poner en vigor leyes y servicios sociales indispensables para la protección de los valores humanos.

Transcurridos casi 20 años desde la reforma **parcial y circunstanciada** realizada a la Constitución histórica en 1994, se puede observar que su texto no coadyuvó a resolver las causas estructurales que frenaron el progreso socio-económico, y queda en evidencia el celo que expresan los grandes conglomerados económico-financieros para que las normas de política económica constitucional insertas en el texto histórico de 1853 se mantengan inmodificables. De tal forma le dan asidero constitucional a los medios que el neoliberalismo sostiene y el régimen de “privatizaciones, desregulación y la reconversión del sector público” que ejecutaron durante la última década del siglo pasado. Se posibilita de tal manera hacer efectivo

el legado del golpe de Estado de 1955 al suprimir los “medios” que había instituido al más alto rango normativo el texto constitucional de 1949.

Transcurrió así una larga etapa de la historia nacional durante la cual, en la gran mayoría de los años de la segunda mitad del siglo XX y aún con la reforma constitucional de 1994, se aplicaron por distintos hombres y equipos políticas económicas similares, utilizando el fundamento teórico de los promotores del neoliberalismo de turno, aunque con diversos programas y variantes, hasta que la crisis socioeconómica estalló en los días 19 y 20 de diciembre de 2001.

6 | Un nuevo Proyecto Nacional, base de una futura Constitución

Bien señalaba Sampay que la expresión elíptica “desarrollo político” tiene como significado la búsqueda del régimen político que sea el más apropiado para impulsar el desarrollo económico de un país en cierta etapa de su evolución histórica. En esencia, pues, el desarrollo político solo es posible con las estructuras político-institucionales más adecuadas para un acelerado desarrollo económico. Y el **desarrollo económico**, como se sabe, consiste en establecer las estructuras socio-económicas más aptas para explotar con procedimientos modernos los recursos con que cuenta la comunidad política a fin de multiplicar la productividad del trabajo social, para que todos y cada uno de sus miembros gocen de los bienes materiales y culturales de la civilización. Dicho en otros términos: el desarrollo político comprende el conjunto de cuestiones relativas a la instauración de una Constitución justa, pues, en su integridad, la Constitución es, ciertamente, una **estructura multidimensional**: cultural-económica en la base (Constitución **real**) y jurídico-institucional en el vértice (Constitución **formal**).⁽⁹⁾

Por tanto, no alcanza con realizar un análisis **predominantemente jurídico-político** de las causas que se producen en la infraestructura sociológica de la Constitución y que se corporizan en la inestabilidad de la Constitución **escrita**, pues al hacerlo de tal modo se aleja el examen de las causas económico-sociales que llevan a la crisis de nuestro sistema institucional.

(9) SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y pueblo*, 2^a ed., Bs. As., Cuenca Ediciones, 1974, pp. 251/255.

La composición social del país que permite caracterizarlo como multi-estructural o “poli-segmentario” imprime a nuestro esquema político y al proceso de transformación peculiaridades muy pronunciadas. Entendemos que los países de este tipo exigen para promover un proceso de cambio la concertación de complejas coaliciones de sectores sociales, y su tipo de **desarrollo político** se conforma según cual fuere el sector que dirija la coalición. Si dirigen esa alianza los representantes de los sectores nacionales y populares, el régimen político tenderá a promover un desarrollo autónomo de la economía y este régimen con el transcurso del tiempo terminará siendo una democracia real. En caso contrario, si esa alianza es conducida —conscientemente o no— con la mira puesta en la defensa de intereses opuestos a los de la Nación y su pueblo, ese proyecto concluirá favoreciendo a una oligarquía franca, no habrá beneficiado a los vastos sectores populares y terminará bipolarizando extremadamente el antagonismo social, lo que puede llevar un estado de beligerancia interno.

La democracia debe conjugarse con el desarrollo de todas las potencialidades de un país para que la injusticia y la discriminación expresadas por la marginalidad y la pobreza de un vasto sector de la sociedad desaparezcan como afrentas incompatibles con los principios que unen al hombre en comunidad. Los derechos políticos, como lo demuestra la experiencia histórica, son inseparables de los derechos sociales y económicos, y es indispensable que el desarrollo brinde a los pueblos la posibilidad cierta de acceder a niveles dignos de vida, realización personal y participación. Debemos señalar que la falta de alimento, de techo y de trabajo es tan discriminante como la censura del pensamiento y su libre manifestación.

Las **declaraciones de derechos** que no van acompañadas por medios, métodos y garantías necesarios para realizarlos tienen como consecuencia directa que esos derechos concebidos para que fueran los del Hombre, los de todo hombre, no sean más que derechos que el individuo debe seguir su posición y función en los mecanismos de la economía. Una Constitución que en este siglo no tuviera en cuenta las conquistas sociales que se han incorporado en numerosas constituciones, como en resoluciones y diferentes textos de las Naciones Unidas y otras organizaciones continentales que conforman principios internacionales sobre derechos humanos, sería en nuestra época un verdadero anacronismo. Pero una Constitución que solo se limitara a describir esas conquistas sin establecer los medios, métodos y garantías para su debido cumplimiento será una mera

formalización teórica sin muchas posibilidades de alcanzar la vigencia efectiva de dichos derechos.

El debate sobre la democracia es, en las condiciones actuales, una controversia acerca de la **legitimidad política** y, por consiguiente, comprende las formas políticas e institucionales sin las cuales no se puede hablar de legitimidad. Pero también se transforma en una polémica respecto de la eficacia de la democracia. Los dilemas de la legitimidad política, como se refieren al rumbo, al sentido que la sociedad habrá de tomar, propician el debate sobre los grandes temas del desarrollo político y económico. La cuestión de la legitimidad política lleva así directamente al tema institucional y al diseño del que sea mejor para lograr ese desarrollo.

Es indudable que la problemática de los derechos humanos no transcurre en la actualidad solo por el meridiano de su identificación y formulación, sino fundamentalmente por el que señala cómo asegurar su vigencia para todos y en todo tiempo y lugar. O, en otros términos, cómo realizar el bienestar general que equivale a la Justicia en su más alta expresión y cómo alcanzar la vida abastecida con los bienes exteriores que la persona necesita para tender libremente a su desarrollo y disfrutar de los bienes interiores que la perfeccionan y hacen feliz.

Se puede afirmar que la prueba de la justicia o la injusticia de la sociedad es la manera en la que responde a las necesidades generales por medio de políticas públicas. La **idea de la Justicia Social** se torna difícil de definir para quienes se rebelan a supeditar su interés particular al interés de la comunidad. Su enunciado, técnicamente, puede tornarse abstracto, pero su simbolismo es sinónimo de nivelación equitativa y, en especial, de oposición a todo privilegio derivado del poder, de la riqueza o del oportunismo. La Justicia Social acompaña a las necesidades crecientes de todo pueblo en su devenir histórico. Por tanto, su concepto no es estático ni sirve su postulación rígida o inamovible. Debe acompañar al hombre con los temas que le afligen en su calidad de miembro de una Nación. El eje de su cometido consiste en atribuir a cada uno lo que le corresponde; o sea, la porción de bienes materiales, culturales y espirituales.

Si convenimos entre los argentinos que la República reclama la vigencia de una **democracia social** tendremos que sancionar una Constitución acorde con esa realidad. Nadie puede negar que nuestro país tenga que

consolidar un proyecto de Nación y que este, más que escribirse, debe efectuarse una vez logradas las coincidencias mínimas; que estas se deben obtener con la anuencia de los diversos sectores de la vida nacional y que la convocatoria ineludible de un Proyecto Nacional, con la discusión libre de quienes conforman la Nación, es un presupuesto fundamental para el éxito de nuestra democracia.

La unidad de nuestro pueblo solo será efectiva si se basa en una auténtica coincidencia de ideas y realizaciones paraemerger como Nación plena. En tal sentido, será de toda necesidad fijar los **lineamientos de un nuevo Proyecto Nacional** y luego inscribirlos en una moderna Constitución escrita que estructure el predominio político que logren los estamentos mayoritarios y ordene la actividad y el uso de los bienes con miras a establecer la justicia.

Es preciso el planteo franco de **nuevas bases** que hagan posible la transformación nacional. En síntesis, el país reclama nuevos instrumentos jurídicos para una política económico-social avanzada. La reforma de la parte dogmática con un nuevo diseño, en diferentes capítulos, establecerá el nuevo orden público constitucional y los fines que al más elevado rango normativo instituirá nuestro país. Por cierto, deberá dar amplia cabida a los derechos sociales, como también tendrá que explicitar nuevos contenidos para los derechos clásicos de libertad, igualdad y propiedad. Pero es necesario tener en cuenta que para ponerlos efectivamente en funcionamiento será menester, previamente, modelar una nueva política económica que coadyuve al efectivo goce de dichos derechos.

7 | Pautas esenciales para la política económica constitucional y el Estado

Como formulación concreta de lo enunciado, mencionaremos algunas **pautas esenciales** a considerar como **bases institucionales del Proyecto Nacional** para una futura reforma de la Constitución Nacional, en lo que hace a su parte dogmática, en particular, en lo que se refiere a la política económica constitucional y al Estado.

Se puede señalar que son propuestas para comenzar a debatir el tema. Seguramente, durante el mismo surgirán nuevas iniciativas que lograrán

perfeccionarlas o incorporar otros preceptos acordes al objetivo que se propone. De tal modo, se enriquecerán durante el devenir posterior de un elevado debate político nacional.

Por tanto, los principios o reglas que figuran seguidamente se proponen como elementos que requieren análisis y discusión en torno al cardinal asunto que nos ocupa. En otra etapa, será necesario precisarlos, ordenarlos y desarrollarlos, según un metódico diseño de las diferentes circunstancias que reglan, y han de incorporarse en los diversos capítulos que integrarán una nueva dogmática constitucional.

No es factible que en una sociedad como la nuestra, compleja y que procura superar las graves deficiencias estructurales que impiden el desarrollo económico, social y cultural de la República, pueda alcanzarse ese objetivo siguiendo el mismo procedimiento puesto en práctica en 1853/60, cuando una minoría ilustrada impuso su proyecto a una sociedad simple y no participativa.

Por lo tanto, **es necesario realizar un amplio debate** con organicidad, compromisos y garantías. Es imprescindible también fijar la **metodología** más adecuada para ello, sus tiempos, las asambleas y cómo se evaluarán todas las opiniones, a fin de plasmar el Proyecto Nacional que debe ser la esencia de una futura reforma de la Constitución Nacional. Recién después llegará el momento de la expresión parlamentaria que la autorice, cuando se adopte la decisión institucional sobre la oportunidad, su necesidad y el contenido de la reforma.

8 | Bases institucionales referidas al Estado y la economía

La Justicia social como fundamento del régimen económico. 1. El régimen económico de la República se fundamenta en principios de Justicia social; 2. El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y la productividad y la racional utilización de los recursos humanos y materiales del país; 3. Es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por la Nación, en particular, la educación, la salud, la alimentación, la vivienda y la seguridad social.

El desarrollo humano. 1. El Estado asegurará el desarrollo humano mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, e inversión en desarrollo económico productivo; 2. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Política económica. La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y riqueza nacional; 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética; 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia dentro de los límites biofísicos de la naturaleza, y el respeto a la vida y a las culturas; 5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, y entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural; 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales; 7. Mantener la estabilidad económica, concebida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; 9. Impulsar un consumo social y ambiental responsable.

Fortalecimiento de la soberanía. 1. Es deber del Estado garantizar la soberanía nacional, promover la integración de los pueblos e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial; 2. Toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país. La acumulación privada de poder económico en grupos corporativos concentrados en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado se halla en oposición de los fines de la Constitución.

Régimen socioeconómico. 1. El régimen socioeconómico se fundamenta en los principios de la justicia social, democracia participativa, protección del ambiente, productividad y solidaridad, para asegurar el desarrollo humano integral y el buen vivir; 2. El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus

diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino.

Organización de la riqueza. La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguarda de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en la Constitución.

Fines del Proyecto Nacional y planificación democrática. 1. El Estado organizará un sistema de planificación estratégica democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía como medio para lograr la independencia económica y la democratización política, social y cultural de la Nación; 2. Será también deber del Estado, al planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir. Promoverá el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio; 3. Los fines del Proyecto Nacional contenidos en la Constitución determinarán los objetivos de la planificación. La ley facultará al Poder Ejecutivo para que establezca procedimientos de participación y de consultas populares en el sistema de la planificación democrática.

El Estado como instrumento para el cambio. 1. El Estado es instrumento principal para llevar a cabo la transformación progresiva de las estructuras socioeconómicas, impulsar el progreso material y espiritual de toda la Nación, promover la Justicia social y garantizar que prevalezcan siempre los intereses y derechos del pueblo; 2. El Estado proveerá al crecimiento armónico y al poblamiento de su territorio, como también promoverá políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

Función del Estado en el campo de la economía. 1. La función principal del Estado en la economía es la de promover el desarrollo material del país para el logro de los objetivos nacionales, eliminar el atraso y la dependencia, mejorar las condiciones de vida del pueblo y lograr una distribución cada vez más justa de la riqueza; 2. El Estado ejerce actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios

públicos y alcanzar los objetivos del desarrollo. Por razones de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado determinadas actividades productivas o de servicios.

Rectoría del desarrollo. 1. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático, mediante la promoción del crecimiento económico y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de las libertades de individuos y sectores sociales cuya seguridad protege la Constitución; 2. Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.

Sectores estratégicos para el desarrollo. 1. El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sustentabilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia; 2. Los sectores estratégicos de decisión y control exclusivo del Estado son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política, o ambiental y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y el interés social; 3. Se consideran especialmente sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y política portuaria y el régimen de hidrocarburos desde la exploración a la comercialización, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, y el comercio exterior; pero ello no limitará a la inclusión en esta categoría de los demás que se determine por ley.

Empresas Públicas. 1. El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas; 2. Las empresas públicas estarán bajo regulación y el control específico de los organismos pertinentes de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión.

Recursos Naturales. 1. Los recursos y riquezas naturales que se encuentran en el territorio y mar territorial de la Nación Argentina son de titularidad exclusiva

del pueblo de la Nación Argentina; 2. El Estado promoverá y garantizará el desarrollo responsable y planificado de los recursos naturales e impulsará su industrialización por medio del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente para el bienestar de las generaciones actuales y futuras; 3. Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, el Estado podrá declarar la expropiación de bienes, con justa valoración, indemnización equitativa, y pago de conformidad con la ley; 4. El Estado se reserva, mediante ley orgánica específica y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.

Desarrollo rural. 1. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva; 2. El Estado promoverá la actividad agrícola y el uso óptimo de la tierra; 3. Fomentará las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina un adecuado nivel de bienestar, así como su incorporación al desarrollo nacional; 4. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población.

Propiedad privada y actividad económica no monopólica. La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. La ley alentará y protegerá la actividad económica no monopólica que realicen los particulares y proveerá las condiciones necesarias para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece la Constitución.

Coexistencia democrática de distintas formas de propiedad. El Estado garantiza la existencia de distintas formas de propiedad y pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática del sector estatal, cooperativo, autogestionario y privado. Todas las formas de propiedad están supeditadas a los intereses superiores de la Nación y cumplen una función social.

Comercio y política de precios. 1. El Estado, cuando sea necesario, regulará, controlará e intervendrá en los intercambios y transacciones económicas y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos; 2. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolios privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

El sector cooperativo y demás formas asociativas. El Estado promueve y protege el libre desarrollo del cooperativismo y la autonomía de las empresas cooperativas. Asimismo, estimula y ampara el desenvolvimiento de las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas. Se promoverá principalmente la organización de cooperativas en actividades de producción.

Pequeñas y medianas empresas. 1. El Estado reconoce y prioriza el apoyo a la organización de estructuras asociativas de micro, pequeñas y medianas empresas productoras, urbanas y rurales; 2. Asimismo, protegerá y promoverá la empresa familiar, como también cualquier otra forma comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo; 3. A esos efectos estas empresas contarán con apoyos y beneficios diferenciados del Estado.

Ciencia y tecnología. El Estado garantizará el desarrollo de la ciencia y la investigación científica, técnica y tecnológica en beneficio del interés general. Se destinarán los recursos necesarios y se promoverá el sistema estatal de ciencia y tecnología.

Sistema tributario. El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como a la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población.

Regulación de las inversiones. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

Régimen de inversiones. 1. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales; 2. De tal modo, la inversión extranjera directa será complementaria de la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales en cuanto a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas por la Nación, así como en los diversos planes de desarrollo de los estados provinciales; 3. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales.

Empresas extranjeras. Las empresas extranjeras radicadas en la Argentina están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que celebren el Estado o las personas de derecho público con empresas extranjeras en las autorizaciones para funcionar que se les otorgan, debe constar su sometimiento expreso a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Inversión extranjera y transferencia de tecnología. El Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea, con el objetivo de que estimulen el empleo, la capitalización del país y la participación del capital nacional y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos que se pongan en ejecución.

Endeudamiento público. La ley fijará límites al endeudamiento público de acuerdo con un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos para cubrir el servicio de la deuda pública. Las operaciones de crédito público requerirán, para su validez, una ley especial que las autorice.

Integración. La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será un objetivo estratégico del Estado, y promoverá una integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; impulsará la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar asimetrías regionales y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

Tratados y arbitraje. 1. No se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado Nacional ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional o jueces extranjeros, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas; 2. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica y el Caribe, por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia; 3. El Estado no reconocerá otras obligaciones que las contraídas por órganos legítimos de los poderes del Estado, de acuerdo con la ley.

Tratados Internacionales (cláusula transitoria). Los tratados internacionales anteriores a esta Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico, con el rango en el cual fueron incorporados. En el plazo de dos años desde la sanción de la Constitución, el Poder Ejecutivo, con motivación fundada denunciará, y en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.

La propuesta de estas pautas como **Bases del Proyecto Nacional** para una futura reforma constitucional, si bien se refieren a una de sus partes más trascendentales, como vimos no habrán de ser la única. La Constitución Nacional requiere una reforma amplia y profunda y, por consiguiente, no se debe restringir a una simple modernización de su parte dogmática o a la modificación de su faz orgánica para actualizarla solamente.

Sin duda, será necesario realizar un esfuerzo creador para construir un orden sociopolítico propio que sirva de base sólida para instaurar un nuevo modelo de sociedad que nos permita hacernos cargo de nuestro propio destino en el mundo **global**. Para lograr ese alto objetivo proponemos estas bases para incorporarlas al debate que hemos de sostener para **continuar, profundizar e institucionalizar el Proyecto Nacional y Popular** en curso y enfrentar a los sectores que se oponen al cambio social en la Argentina. Como inmediata consecuencia, vendrá la oportunidad de sancionar una nueva Constitución para el país de los argentinos.

La propiedad comunitaria en la jurisprudencia de la Corte IDH

Su evolución y comparación con el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado y la media sanción del Senado nacional

por JUAN CARLOS WLASIC⁽¹⁾

I | Introducción

Este trabajo⁽²⁾ tiene el fin de sistematizar los contenidos principales del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios. Para ello se seguirá la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que, además, refiere a dispositivos constitucionales similares a los contenidos en el art. 75, inc. 17 CN.

A partir de ello, se los comparará con el Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial Unificado —que contemplaba la inclusión de

(1) Profesor titular regular de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, Facultad de Derecho (UNMDP). Docente de la Maestría en Derechos Humanos de la UNR. Docente de la especialización en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPAM).

(2) Versión actualizada de la ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho Internacional del año 2012.

la propiedad comunitaria en el Título referido a los derechos reales— elaborado por la Comisión de Expertos, y con el art. 18 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, con media sanción de la Honorable Cámara de Senadores.

Teniendo en cuenta, a esos fines, la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia constante del Máximo Tribunal Federal Nacional sobre el deber de interpretarla conforme los criterios desarrollados por los órganos internacionales de aplicación, una reforma legislativa debería ser una oportunidad para plasmar dicha compatibilidad en el derecho nacional.

2 | La propiedad comunitaria según la Corte IDH

2.1 | En relación con la propiedad comunal de los pueblos originarios

La Corte IDH ha dicho que:

- a. La interpretación del art. 21 CADH debe realizarse teniendo en cuenta la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme los términos del art. 29 de la misma Convención y lo dispuesto en el Convenio 169 OIT, que la Argentina ha ratificado.⁽³⁾
- b. La base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en **la relación única con sus tierras tradicionales**. Ello incluye la relación con los recursos naturales que allí se encuentran y que están ligados a su cultura; así como con los elementos incorporales. Ambos deben ser salvaguardados, tal y como lo indica el art. 21 CADH.⁽⁴⁾

(3) CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 124/131; CORTE IDH, "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua" (Excepciones Preliminares), Sentencia de 1 de febrero de 2000, párrs. 148/149; CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 117.

(4) CORTE IDH, "Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname" (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 133; CORTE IDH, "Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay", fallo cit., párrs. 131, 135 y 137; CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay", fallo cit., párr. 118; CORTE IDH,

- c. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales. Esto no solo por ser sus principales medios de subsistencia, sino, además, porque constituyen **un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.**⁽⁵⁾
- d. Para determinar la **existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales**, la Corte ha establecido: i) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre y ii) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.⁽⁶⁾
- e. Mientras esa relación exista, **el derecho a la reivindicación** de dichas tierras se mantendrá vigente.⁽⁷⁾
- f. Considera que **los conceptos de propiedad y posesión** en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de esta "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del art. 21 CADH. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes dados por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del art. 21 de la Convención para millones de personas.⁽⁸⁾

.....

"Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 112.

(5) CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Yakye Axe vs. Paraguay", fallo cit., párr. 135; CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay", fallo cit., párr. 118.

(6) CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", fallo cit., párr. 113; CORTE IDH, "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador" (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 6°.

(7) CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", fallo cit., párr. 112.

(8) CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay", fallo cit., párr. 120.

- g. El término “bienes” utilizado en dicho art. 21 contempla “aquellos cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Este concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.⁽⁹⁾
- h. Ha sostenido la Corte: 1) la **posesión tradicional** de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales, mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, **la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas**.⁽¹⁰⁾
- i. **Cuando existan conflictos de intereses** en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.⁽¹¹⁾
- j. **La elección y entrega de tierras alternativas**, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discretionales del Estado, sino que deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio 169 OIT y de la CADH, consensuadas con los pueblos interesados conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.⁽¹²⁾
- k. Es por lo anterior que, en el “Caso Saramaka vs. Surinam” el Tribunal estableció que, para que **la exploración o extracción de recursos naturales** en los territorios ancestrales no implique una denegación de la subsistencia del pueblo

(9) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Yaky Axe vs. Paraguay”, fallo cit., párr. 137; CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, fallo cit., párr. 144; CORTE IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr. 122; CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay”, fallo cit., párr. 121.

(10) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay”, fallo cit., párr. 128.

(11) *Ibid.*, párr. 138.

(12) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Yaky Axe vs. Paraguay”, fallo cit., párr. 151.

indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el art. 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.⁽¹³⁾

Según lo expresado podemos afirmar que, en cuanto a la propiedad comunal de los pueblos originarios y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte IDH sostuvo que:

1. La base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta, principalmente, en la relación única con sus tierras tradicionales. Ello incluye la relación que establecen con los recursos naturales que allí se encuentran ligados a su cultura y los elementos incorporales que se desprendan de ellos.
2. Su estrecha relación con las tierras tradicionales y sus recursos naturales corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo y constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, su religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.
3. La existencia de esta relación puede manifestarse de distintas maneras conforme el pueblo indígena de que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre. Entre las formas de expresión de esta relación podrán tenerse en cuenta: lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección nómada o estacional; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, o cualquier otro elemento ligado con su cultura.
4. Debe tenerse en consideración la posibilidad de que las comunidades indígenas se vieran impedidas de ejercer tales actividades contra su voluntad.
5. Mientras exista la relación de la comunidad con sus tierras tradicionales, estas podrán ser reivindicadas.
6. Los conceptos de propiedad y posesión pueden tener una significación colectiva que no necesariamente se corresponde con la concepción clásica de propiedad.
7. El concepto "bienes" del art. 21 de la CADH incluye la protección de la propiedad comunitaria.

(13) CORTE IDH, "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador", fallo cit., párr. 16.

8. La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que da el Estado. Otorga a los indígenas el derecho de reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. Si los miembros del pueblo indígena han perdido involuntariamente la posesión tradicional sobre sus tierras y estas han sido transferidas a terceros inocentes, tienen derecho a recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Los miembros de los pueblos indígenas que han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales, mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aun a falta de título legal; salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe. Por todo lo cual la posesión no es un requisito que condicione la reivindicación de las tierras tradicionales.
9. En el caso de conflicto de intereses en las reivindicaciones indígenas, deberá analizarse caso por caso la legalidad, necesidad y proporcionalidad, y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, a fin de resolver la restricción de la propiedad privada o la propiedad tradicional.
10. La entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización, o ambas deberán ser consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.
11. En el caso de exploración y extracción de recursos naturales de las tierras tradicionales deberá efectuarse un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta; un informe de impacto ambiental; compartir razonablemente los beneficios que se produzcan.

3 | La propiedad comunitaria indígena en el Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial elaborado por la comisión de expertos

El concepto de “propiedad comunitaria”, en el título sobre derechos reales, está previsto en el art. 2028 del Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial (el Proyecto) en los siguientes términos: “La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”.

En el art. 2029, se define al titular de dicha propiedad del modo siguiente: “El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como

persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad”.

A su turno, el art. 2031 contempla las siguientes **formas de constitución** de la propiedad comunitaria indígena:

- “a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria (de las tierras que tradicionalmente ocupan);
- b) por usucapión;
- c) por actos entre vivos y tradición;
- d) por disposición de última voluntad.

En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral.

El trámite de inscripción es gratuito”.

La última referencia que haremos es respecto al **tema del aprovechamiento de los recursos naturales y la consulta**, contemplado en el art. 2035, a saber: “El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas”.

Por su parte, el Proyecto contempla la **aplicación subsidiaria** en lo pertinente de las normas vinculadas al derecho real de dominio (art. 2036).

4 | Análisis crítico del Proyecto de Reforma

Una primera lectura de la jurisprudencia antes descripta y del proyecto de ley en debate pone de manifiesto, a simple vista, las incompatibilidades de las previsiones adoptadas con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el tema y las ausencias normativas que contempla, tan serias como las primeras.

Vamos a partir recordando una obligación básica del Estado en materia de derechos humanos: “con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención,

el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁽¹⁴⁾

En segundo lugar, a partir del fallo en el “Caso Giroldi” —1995—, observamos que la interpretación de los tratados de derechos humanos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe estar guiada por los criterios elaborados por los organismos internacionales encargados de su interpretación y aplicación, como parte integrante de la manda constitucional que se jerarquiza “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22 CN).

Así las cosas, lo primero que hay que analizar críticamente es el concepto de propiedad comunitaria indígena contenido en el art. 2028 del Proyecto. Como advertimos de las transcripciones jurisprudenciales efectuadas, la Corte IDH define la propiedad comunitaria indígena como

“Una relación única de las comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, que incluye los recursos naturales ligados a su cultura que allí se encuentran, así como con los elementos incorporales que se desprendan de ellos, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.

Esta aproximación deja claramente de manifiesto que subsumir la propiedad indígena comunitaria a un derecho real, institución propia de la propiedad privada individual, desnaturaliza el carácter de la propiedad que se pretende conceptualizar, incorporándole instituciones propias de una tradición cultural diferente a la de la comunidad de que se trate.

Cabría afirmar que no se trata de preservar la identidad cultural a través de la propiedad comunitaria, sino que es esa identidad cultural la que determina la existencia de propiedad indígena para determinada comunidad. Una conceptualización correcta, además, permitiría reconocer la multiculturalidad propia de los pueblos originarios ya que, en cada caso, conforme a la definición propuesta por la Corte IDH, habrá que adentrarse en la

(14) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay”, fallo cit., párr. 142.

cosmovisión, religiosidad e identidad cultural de cada comunidad para determinar la existencia de tal relación tradicional con la tierra.

En síntesis, se trata de que la cultura dominante determine si la existencia de propiedad comunitaria es la del pueblo originario de que se trate y no la proveniente del liberalismo jurídico y su evolución.

Del desarrollo integral de la jurisprudencia anotada surge que una cosa es la propiedad comunitaria y otra la propiedad privada.

Otra cuestión central en ese mismo orden de ideas es la referida a la constitución de dicha propiedad (art. 2031 del Proyecto) y a la falta de tratamiento de su reivindicación por parte del derecho.

Conforme a la conceptualización propuesta por la Corte IDH y a su desarrollo, la propiedad comunitaria se constituye por la particular relación cultural y tradicional que los pueblos originarios establecen con la tierra y su posesión tiene valor equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado.

Esta relación no necesariamente exige la posesión, puede estar representada por una serie de actos de diferente índole —lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección nómada o estacional; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres o cualquier otro elemento ligado con su cultura— conforme a la cultura y las circunstancias se trate, lo que exige analizar si tales comunidades dejaron de cumplir con tales actos en forma involuntaria.

Mientras exista la relación de la comunidad con sus tierras tradicionales, tendrá vigencia el derecho a la reivindicación.

Atento a lo expuesto, la constitución de la propiedad comunitaria no está dada por el reconocimiento del Estado, sino por la relación misma, cultural y tradicional, de las comunidades con la tierra.

Debe quedar claro que el reconocimiento es una obligación estatal en relación con un derecho preexistente.

Que no suceda, queda reflejado tanto por la ausencia de tratamiento del derecho a la reivindicación como la del otorgamiento de otras tierras de

igual extensión y calidad, o de una indemnización pecuniaria, o de ambas, en sustitución o en forma alternativa.

Por otra parte, condicionar la oponibilidad a terceros y el reconocimiento del Estado a la registración es propio del tratamiento de derecho real que el Proyecto le dispensa. Además, deja abierta la posibilidad de que terceros repelan los actos constitutivos de la relación ancestral con la tierra previos a la registración, ya que no existiría oposición legítima. En cambio, la posibilidad de reivindicar la propiedad comunitaria también incluiría la posibilidad de oposición en forma previa al reconocimiento y registración.

A su vez, entiendo que condicionar la titularidad a la obtención de personería jurídica por la comunidad indígena no resulta adecuado a la preexistencia de la propiedad indígena comunitaria tal cual es definida y tratada por la Corte IDH. Dicha titularidad está dada por la identidad cultural, cosmovisión y religiosidad de la comunidad de que se trate, esté o no registrada.

Imponer la registración en tanto persona jurídica como condición para viabilizar el reconocimiento estatal de la propiedad comunitaria indígena preexistente podría resultar razonable. Pero de modo alguno tal requisito puede condicionar la titularidad propiamente dicha. Mucho menos puede definir la legitimidad de un reclamo entre comunidades diversas, prefiriendo la inscripta a la no inscripta.

Asimismo, la referencia a la consulta en materia de utilización de los recursos naturales es de por sí deficiente. En primer lugar, porque no aclara que dicha consulta debe efectuarse siguiendo la costumbre y la tradición propia de la comunidad de que se trate. En segundo lugar, porque no se establece la participación de la comunidad en los beneficios obtenidos. Por último, y principalmente, porque se desconoce que tales recursos naturales, en el caso de la propiedad comunitaria indígena, forman parte de ella.

Que, a su vez, la ausencia de conceptualizar la propiedad comunitaria como un derecho autónomo y diferente a la propiedad privada hace aún más notoria la pretensión legislativa de subsumir la propiedad comunitaria a las reglas de la propiedad privada, a través de la remisión general que se efectúa al derecho real de dominio.

Es evidente que el Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial se aparta del tratamiento que la propiedad comunitaria indí-

gena ha recibido del derecho internacional de los derechos humanos, al respetar los principios de igualdad y no discriminación. Esta evolución se enmarca en el contexto de normas constitucionales similares a las vigentes en el país, lo que hace a su indudable aplicabilidad. Tal apartamiento, en definitiva, refleja las profundas dificultades que representa reconocer en materia de propiedad comunitaria indígena la prevalencia de la tradición e identidad cultural de los pueblos originarios sobre la tradición cultural liberal-occidental, para la conceptualización y desarrollo de dicha propiedad.

En síntesis, desde mi punto de vista es necesario que, de incorporarse el tratamiento de la Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto, esta se haga, inicialmente, bajo un título del Código independiente y, segundo, que se sigan los lineamientos propuestos por la Corte IDH en su jurisprudencia. De no ser así, se constituirá una nueva reafirmación de la "conquista", y más que soluciones, se le generarán problemas a los pueblos originarios que, en teoría, se pretende proteger y reconocer.

5 | Versión del Anteproyecto de Código Civil y Comercial con media sanción en la Cámara de Senadores de la Nación

Muy posiblemente, la consideración de la diversidad de críticas vinculadas con el tratamiento de la temática en el referido Anteproyecto impulsó a la Cámara de Senadores de la Nación a dar media sanción al Proyecto de reforma remitiendo el tratamiento del tema en análisis a una ley especial (art. 9º, Primero, Cláusulas Transitorias). Sin embargo, la definición que contiene el art. 18 del Proyecto aprobado, que procura una acorde a la Constitución Nacional, continúa encerrando una contradicción, pues se refiere a esta cuestión de la manera siguiente: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria..." (art. 18 Código Civil y Comercial Unificado).

En primer lugar, condicionar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria a la existencia de tal reconocimiento por parte del Estado, se contradice con la preexistencia étnica de los pueblos indígenas del art. 75, inc. 17 CN. En segundo lugar, como ya hemos expresado, también se contradice con el derecho de tales comunidades al reconocimiento de

su personería jurídica. Pues, conforme a nuestra CN, este es un derecho de las comunidades y no una condición de acceso a la propiedad comunitaria.⁽¹⁵⁾ Por lo cual, entiendo que el enunciado del art. 18 es restrictivo e inconstitucional en este aspecto. Asimismo, cabe reiterar que la mención a la posesión, tanto en el art. 75, inc. 17 CN como en el art. 18 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado con media sanción del Senado Nacional —tal y como fue expresado al seguir la jurisprudencia de la Corte IDH— de modo alguno autoriza a equiparar el concepto de posesión de la propiedad individual con el de posesión de la propiedad comunitaria.

Sin perjuicio de ello, la falta de tratamiento *in extenso* del tema en el Proyecto con media sanción refleja la dificultad que plantea la pérdida de hegemonía de la propiedad privada (art. 17 CN) como única propiedad, frente a un desarrollo de la propiedad comunitaria (art. 75, inc. 17 CN) que se ajuste a la tradición e identidad cultural de los pueblos originarios. Además, pone de manifiesto una reiterada morosidad en un tratamiento legislativo adecuado que se oponga a las resistencias ideológicas que se levantan para tratar de impedir o menguar tal pérdida hegemónica, lo que es de lamentar.

(15) Dice el art. 75, inc. 17: "... reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan...".

La ilegalidad de la pobreza y el derecho público al bien común

por ANÍBAL IGNACIO FACCENDINI⁽¹⁾

“He llegado a creer que las preguntas nunca están equivocadas, sino las respuestas. También creo, sin embargo, que no preguntar es la peor respuesta de todas...”

Zygmunt Bauman

El Estado de derecho, en su evolución, ha marcado tres etapas. La primera fue la del Estado de derecho individual (derechos civiles y políticos). La segunda corresponde al Estado social de derecho (derechos económicos y sociales). La tercera etapa a lograr del Estado es el Estado social y ambiental de derecho (derechos de tercera y cuarta generación).

Cuando aquí sindicamos el concepto de ambiente lo hacemos desde una posición compleja, integral y biocéntrica. Para ello nos introducimos en el pensamiento latinoamericano que ve al ambiente *in totum*. Él posee una visión más amplia que la ecología y el medio ambiente *strictu sensu*. Esto es,

.....

(1) Abogado. Licenciado en Ciencias Sociales y Humanidades. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Mediador. Asesor Jurídico de la ONG “Asamblea por los Derechos Sociales”. Docente universitario. Miembro del Consejo Asesor de la Maestría en Derechos Humanos de la UNR. Director Cátedra del Agua de la UNR. Representante de la UNR por el Comité Académico del Agua de la AUGM (Asociación Universidades del Grupo Montevideo, Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y Bolivia).

el ambiente abarca a todos los seres vivos racionales y no racionales y a los elementos inertes de la Tierra. Así, un fenómeno producido por el hombre que afecte a las especies vivientes por medidas políticas o económicas será calificado *per se* por esas disciplinas pero también será objeto de abordaje del ambiente. Así podemos señalar que la pobreza, que victimiza a millones de seres humanos, es de lesa ambientalidad. Hete aquí, la connotación multidisciplinaria y contenedora del ambientalismo.

Guillermo O'Donnell sostiene que los ciudadanos tienen un derecho público al Estado, denotando así su necesidad y garantía para el anclaje de todo derecho ciudadano. En un sistema democrático, el derivativo de este derecho es el derecho público al bien común, que está sustanciado íntimamente con la justicia social y ambiental. Y es el derecho público porque solamente se desarrolla a partir del despliegue estatal para concretarlo en la ciudadanía. El Estado es el sujeto de cumplimiento y de demanda.

Problematizar la cuestión de la pobreza implica la vinculación intrínseca del ambiente, en sentido lato, con el derecho público al bien común, que se subsume en él. Para, con ello, excluir la pobreza de la legalidad; para que la pobreza sea ilegal, protegiendo por lo tanto a la víctima, que es el pobre.

La naturaleza no produce pobres. La Tierra no drena excluidos y marginados. La pobreza es una construcción única (por su especificidad) de una sola especie viviente sobre el planeta: el hombre. No hay animales no racionales despojados de lo elemental para vivir. Porque es la pobreza la que produce pobres y no los pobres los que crean pobreza. Así el hombre es el único animal capaz de crear relaciones asimétricas para que otros hombres no puedan acceder a los bienes de la vida, como el derecho al agua, al aire, al alimento, a la salud y al bienestar general. Es decir, que puedan todos acceder a la justicia social y ambiental.

La pobreza duele. El dolor empieza por el cuerpo y sigue en el alma. Los huesos se hacen sentir más y más. La pobreza nos recuerda la finitud del cuerpo. El hambre, en su humillación, patentiza unánimemente la vulnerabilidad. El cuerpo clama por energía, por comida y por agua para la vida. No hay geografía humana que haya decidido por el dolor, el hambre y la pobreza. La miseria es un producto social humano, no pertenece a la naturaleza sino a los hombres. Ella es una consecuencia social que termina

destruyendo toda mismidad del sujeto, generando alienación y desarticulación en la comunidad. Es la pobreza que empobrece y duele drenando más y más violencia.

La pobreza no es un acto; es un proceso de deterioro social, económico, espiritual y psicológico que victimiza a una parte importante de la humanidad. Es un escenario donde muchos son sometidos a una apropiación indebida de sus vidas.

La pobreza es el hambre de todo, sin ninguna satisfacción y con mucha humillación. La sociedad en la que todos vivimos, muchas veces oblitera o expulsa al pobre y no a la pobreza. La discriminación al pobre es fácil y criminal. Más aún, es de una vulgaridad inhumana y atroz.

Se cree que pobres hubo y habrá siempre, entonces es natural. Hay una convicción de que el que nace pobre tiene portación social de ello, por eso mayoritariamente seguirá siendo pobre. Es una suerte de profecía colectiva autocomplida. No se nace pobre, se hace pobre. En definitiva es una imposición y no una elección.

La humanidad muchas veces ha avanzado, en casos muy importantes, a objetivos emancipadores. En la primera Modernidad (desde el Renacimiento hasta la Revolución Industrial) el feudalismo, que generaba servidumbre humana, tuvo que ceder. Así avanzó la humanidad hacia una nueva era: una sociedad sin siervos de la gleba. En la segunda Modernidad (hasta la caída del Muro de Berlín) Haití en su Constitución de 1801 abolía plenamente la esclavitud (tanto la trata como el trabajo esclavo). La Asamblea del Año XIII (1813) en Argentina declaró ilegal la esclavitud y estableció la libertad de vientres. Así rompió con la portación biológica de una situación social impuesta a un hombre por otros hombres. Inglaterra la abolió en todas sus formas en 1833, Francia en 1849, Estados Unidos en 1865, Puerto Rico en 1872 y Brasil en 1888. También vamos a ver que esta segunda Modernidad fue constituyente de los derechos económicos sociales de las personas y de los derechos humanos. Ya en nuestra tercera Modernidad o Neomodernidad (fines del s. XX hasta la actualidad) la tarea es que, entre todos **Declaremos Ilegal la Pobreza** (en adelante, DIP).

El mundo ilegaliza al pobre y no a la pobreza. Podemos ver esto, a título de ejemplo, en los refugiados sociales, en los excluidos y en los movimientos

migratorios en general. Actualmente hay 3000 millones de personas pobres. Es decir, más del 40% de la población mundial vive en un ámbito no querido, no deseado. Ellos nos están reclamando que les restituymos su ciudadanía. En el mundo también podemos ver, para comprometernos por el bien común, que 1500 millones de personas no acceden al agua potable, que 2600 millones de personas no tienen servicios sanitarios, que hay 842 millones de personas desnutridas, que todavía en pleno siglo XXI 4000 niños mueren por día por no acceder a agua saludable y que, en la era digital, 1200 millones de personas no pueden acceder a la electricidad.

La pobreza es además un complejo y diverso problema ambiental que no afecta solo al hombre (no es exclusivamente antrópico) sino que implica a todo el ecosistema. Es un problema biocéntrico porque afecta la vida de una de las especies vivientes de la Tierra. Debemos también ambientalizar este problema. Debemos, en definitiva, ver y no solo mirar que la escasez artificial de lo indispensable para el hombre es de lesa ambientalidad. Una gran parte de la humanidad es victimizada por la carencia. El bien común es lesionado y también, por ende, el ambiente en el que vivimos.

Hemos planteado, con la coordinación del Profesor Riccardo Petrella y académicos y referentes sociales de distintos países, doce principios ante la injusticia de la pobreza en el mundo. A saber:

1. Nadie nace pobre ni elige serlo.
2. Llegar a ser pobre. La pobreza es una construcción social.
3. No es la sociedad pobre la que “produce” la pobreza.
4. La exclusión produce el empobrecimiento.
5. En cuanto estructural, el empobrecimiento es colectivo.
6. El empobrecimiento es hijo de una sociedad que no cree ni en los derechos de vida ni en la ciudadanía para todos, ni tampoco en la responsabilidad política colectiva para garantizar derechos a todos los habitantes de la Tierra.
7. Los procesos de empobrecimiento proceden de una sociedad injusta.
8. La lucha contra la pobreza es, ante todo, la lucha contra la riqueza desigual, injusta y depredadora.
9. El “planeta de los empobrecidos” ha llegado a ser siempre más poblado por la erosión y mercantilización de los bienes comunes hechas a partir de los 70.

10. Las políticas de reducción y de eliminación de la pobreza que se hicieron en los últimos cuarenta años han sido un fracaso porque se basan en los síntomas (medidas de tratamiento) y no en las causas (medidas de resolución).
11. Hoy en día la pobreza es una de las formas más avanzadas de esclavitud basada en el "robo de humanidad y futuro".
12. Para librar a la sociedad del empobrecimiento se tiene que ilegalizar la ilegalidad; las instituciones y prácticas sociales colectivas que generan y alimentan los procesos de empobrecimiento.

Podemos señalar las cuatro fábricas de la pobreza:

- a. Naturalización.
- b. La depredación del sistema financiero mundial.
- c. Desigualdad.
- d. Exclusión.

Desde la Coordinación para América Latina de la DIP ante la ONU hemos propuesto los siguientes objetivos:

1. Plantear la anormalidad de la pobreza con sus instrumentos, como ser:
 - a. La pobreza privatizadora de sueños y de la vida.
 - b. La pobreza confiscadora del buen vivir.
 - c. La pobreza delito de lesa humanidad.
 - d. La pobreza delito de lesa ambientalidad.
2. Cerrar la fábrica de apropiación privada de la vida.
 - a. Salud pública y comunitaria independiente del rédito económico.
 - b. Derecho a la prestación de salud rápida, eficiente y eficaz.
 - c. Ilegalización de la expropiación de tiempo por espacios de poder y urbanos.
 - d. Valoración del tiempo social.
3. Ciudades para la vida. En ciudadanía y democracia.
 - a. Espacio y tiempo para la vida comunitaria.
 - b. Convivencia ciudadana.
 - c. Igualdad y equidad social.
 - d. De la seguridad de sobrevivencia a la seguridad de la existencia del buen vivir.

4. Economía del bien común.
 - a. Ilegalización de la depredación financiera especulativa.
 - b. Ingreso digno para el ciudadano. Independiente del trabajo.
 - c. Desmonopolización de las cadenas comerciales formadoras de precios.
 - d. Cooperación y colaboración en las ciudades.
5. Ilegalizar la exclusión social.
 - a. Desmantelar los mecanismos legalmente ilegales que expulsan a los ciudadanos.
 - b. Cultivar la equidad social. Descaritización de las relaciones de ayuda al prójimo.
6. Comunidad de ciudadanos.
 - a. Democracia y ciudadanía.
 - b. Democracia e igualdad.
 - c. Fortalecimiento de la democracia parlamentaria.
7. Construcción de ámbitos públicos comunitarios.
 - a. La colaboración y cooperación ciudadana pública para flujos de bienes y servicios.
 - b. La participación vinculante ciudadana en cuestiones sociales relevantes.

Naciones Unidas ha emitido importantes resoluciones. Entre ellas mencionaremos a dos que vienen a colación: la fundante Declaración de los Derechos Humanos efectuada el 10 de diciembre de 1948 y la Resolución 64 del 28 de julio de 2010, que declara el derecho humano al agua y saneamiento.

Actualmente necesitamos una resolución que deconstruya la naturalización de la pobreza. Necesitamos empezar a caminar con los otros, que son el nosotros, para que entre todos logremos que se declare ilegal la pobreza por las Naciones Unidas.

El derecho público internacional, el derecho público nacional y el subnacional tienen mucho que aportar. Pero aún más, una política para el bien común mundial porque toda norma es la expresión de una decisión política.

Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina

por ANA MARÍA FIGUEROA⁽¹⁾

I | Introducción

Los nuevos paradigmas jurídicos se imponen a partir de la mitad del siglo XX, con el advenimiento de los derechos humanos y las transformaciones de los modelos de los Estados liberales y sociales de derecho y la llegada del Estado constitucional de derecho.

En los orígenes de la construcción del Estado liberal de derecho en Argentina, y con la sanción de la Constitución en 1853, se observa una dualidad con normas generalizadoras comprensivas de la universalidad que, por el contenido de su texto, pareciera que nada tenían que reclamar los distintos colectivos, entre ellos las mujeres, al encontrarse consagrados principios tales como "... todos los habitantes son iguales ante la ley" —art. 16 CN—, pero en los hechos las mujeres estaban lejos de tener igualdad como sujetos de derecho en relación con los varones.

Esta diferenciación estaba tan invisibilizada que, incluso cuando se legalizaron los derechos políticos en el año 1912 con la sanción de la ley de

.....

(1) Vicepresidenta Primera de la Cámara Federal de Casación Penal (2014). Presidenta de la Sala 1 de la Cámara Federal de Casación Penal (2013/2014). Profesora Titular de Derechos Humanos en la Carrera de Postgrado de Abogado Especializado en Magistratura Judicial; en el Postgrado de Abogado Especializado en Derecho Penal; en el Doctorado en Derecho, UNR. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Constitucional II, UNR.

“sufragio universal”, solo los varones eran considerados ciudadanos, pudiendo decidir y votar, mientras que las mujeres estaban excluidas del cuerpo electoral pues no tenían documentos, por lo que no figuraban en los pares y, en consecuencia, no podían participar en las cuestiones públicas.

En el discurso dominante, en los poderes del Estado, en la academia, en las universidades, en los medios de comunicación masivos, al referirnos a varones y mujeres se universaliza con las expresiones “toda persona”, “persona humana”, “todo ser humano”, en lenguaje generalizador y, por ello, el discurso jurídico dominante sostiene que es comprensivo de hombres y mujeres; aun la Convención sobre los Derechos del Niño tiene un lenguaje sexista y no incluye el término “niñas”, lo que pone de manifiesto una vez más la naturalización de la discriminación. Observamos que, en el poder, históricamente dominaron los varones: las leyes fueron construidas y diseñadas por estos, se advierte un uso y abuso en contra de las mujeres, y se conforma una conciencia colectiva androcéntrica que determina su aceptación, la invisibilización de la problemática de género.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, nace un nuevo paradigma jurídico, el de los **Derechos Humanos**. Dicha declaración dispone en su art. 1º que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”; y en el 2.1.: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, por lo cual se establece por consenso entre los Estados, y luego de muchos debates y evaluaciones en la comisión redactora, una nueva construcción normativa donde hombres y mujeres tendrán el mismo rango de sujetos de derecho, al tiempo que los Estados asumen ante la comunidad internacional la igualdad real y su correlato, consistente en la obligación de adaptar las legislaciones internas, el funcionamiento de los poderes públicos y la remoción de prácticas culturales y sociales para hacer efectivas las igualdades, debiendo encarar políticas públicas para la inclusión de todos los componentes de la sociedad que se encuentren en situación de desventaja o exclusión.

Posteriormente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de

La Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 —ratificada por Argentina por ley 23.179 y con jerarquía constitucional a partir de la Reforma de 1994, conforme el art. 75 inc. 22—, en su art. 1º dispone que:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Este Tratado pone de manifiesto la preocupación sobre la discriminación que padecen las mujeres, que se ha decidido reconocer y abordar, para que con normas internacionales y políticas públicas se pueda igualar, reparar, generar acciones positivas y remover estereotipos socioculturales, para lo cual es necesario instrumentar acciones en todos los poderes públicos.

Luego de la construcción de nuestro Estado liberal de derecho en 1853 y las reformas posteriores en 1860, 1866, 1898, 1949 y 1957, se produce el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos positivizado en tratados luego de la Segunda Guerra Mundial, y en consecuencia se van consagrando reformas constitucionales y legales a favor de diversos colectivos. En nuestro país en el ámbito jurídico-político empieza a madurar la idea de la necesidad de una reforma constitucional, que se consagra en el año 1994.

Con la referida reforma de la Constitución Nacional en 1994, tendrá formal ingreso el paradigma de los derechos humanos, —fundamentalmente en el art. 75, inc. 22— donde once instrumentos internacionales y regionales por voluntad de los constituyentes serán incorporados y “... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...”, como así también se proclamará que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”.

De esta manera, declaraciones, tratados y pactos ingresan formalmente al paradigma del Estado constitucional de derecho para lograr un país más igualitario, con más derechos y garantías, pretendiendo desterrar la intolerancia por razas, etnias, ideologías, origen social, color, situación económica política o cultural o por género. En este caso específico, se incorpora formalmente con jerarquía suprema en el art. 75, inc. 22, entre otros, a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En ese avance a favor de los derechos de género, y conforme los preceptos constitucionales, también el país ratifica en el año 1996 por ley 24.632 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer —que entró en vigor en el ámbito regional el 5 de marzo de 1995 y, que conforme nuestro sistema jurídico, tiene jerarquía superior a las leyes internas—.

Posteriormente, en el año 2002, nuestro país ratifica el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, llamado también Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que tiene como objetivo la protección de mujeres y niños contra el delito de trata de personas, dentro del crimen organizado transnacional, reconociendo que en este tipo de delitos se producen graves violaciones a los derechos humanos.

Conforme el compromiso asumido al ratificar normas convencionales internacionales y regionales, Argentina ha ido adaptando sus leyes internas, produciendo un importante avance en la justicia al aplicar e interpretar integralmente todo el sistema jurídico interno con las normas convencionales y los fallos internacionales. No obstante, falta camino por recorrer y políticas públicas que implementar, a pesar de los avances producidos en la materia para encontrarnos en una sociedad paritaria entre hombres y mujeres.

2 | Desarrollo

2.1 | Cambio de paradigma. Del Estado liberal de derecho al Estado constitucional de derecho y desde los derechos subjetivos a los DDHH

Conforme vengo señalando en distintos artículos, el nacimiento del Estado liberal de derecho es americano, se produce con la Constitución de Virginia de 1776, Filadelfia, Massachusetts (EEUU) y se universaliza en 1789 con la Revolución Francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se impone la práctica de que los Estados adopten sus cartas constitucionales con un contenido formal de proclamación de derechos, libertades y garantías, y una organización y distribución

del poder político, teniendo como origen legítimamente el poder constituyente emanado del pueblo.

Con el inicio del constitucionalismo, las ideas del aseguramiento de las libertades individuales e imposición de los límites al poder constituían la centralidad; posteriormente, se incorporaron a los derechos civiles los derechos políticos y, luego de las revoluciones mexicana y rusa, se impusieron los derechos económicos, sociales y culturales. Cabe destacar que la primera constitución que recepta los derechos sociales es la mexicana y, posteriormente, la alemana de Weimar.

Desde el inicio de nuestro Estado de derecho en 1853, se consagraron constitucionalmente los derechos civiles y, con la reforma de la Constitución Nacional de 1949, los derechos económicos, sociales y culturales. Al derogarse en 1956 dicha Constitución, después del golpe de Estado de 1955, el Gobierno de facto llamó a una convención constituyente y se incorpora a la Constitución restituida de 1853 el art. 14 bis, donde se vuelven a incluir algunos derechos sociales. Recién con la Reforma de 1994 se incorporan constitucionalmente los derechos políticos y las normas del derecho internacional sobre derechos humanos —DIDH— en sus arts. 37, 38, 39, 40 y 75 —incs. 22, 23 y 24, entre otros—, por lo que se consagraron con jerarquía constitucional derechos convencionales civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y de los pueblos y sus garantías.

En el siglo XX, con la Carta de Naciones Unidas —1945— y la Declaración Universal de los Derechos Humanos —1948— nacerá el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos, aunque recién a fines del siglo XX hayamos advertido esta nueva construcción teórica. Las declaraciones, pactos y tratados que se elaboran a partir de ella y que nuestro país ha ratificado constituyen una nueva legalidad tanto internacional como del derecho interno a partir de la cual este sistema jurídico complejo conformado por las normas exógenas y del derecho interno otorgan nuevos derechos convencionales y competencias que posibilitan que la sociedad, a través de sus ciudadanos, controle a los gobernantes y al derecho, por lo que puede afirmarse que ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos. Sirven para hacer frente a las mayores concentraciones del poder, para su equilibrio, para la defensa de los seres humanos como sujetos de derecho internacional cuando dentro de los límites del país se

padecen violaciones a los derechos, ya sea en autoritarismos o democracias, porque los instrumentos contienen comités u órganos jurisdiccionales que controlan la vigencia y cumplimiento de los tratados, a los que se puede acceder ante su incumplimiento por parte de los Estados.

En el ámbito jurídico fue creciendo la idea del **neoconstitucionalismo**, que constituye la superación de la concepción decimonónica del Estado liberal de derecho que funciona con una Constitución en donde sus procedimientos y formas se encuentran establecidos por la etapa del Estado constitucional de derecho, en donde, además, es significativo el contenido —como dice Luigi Ferrajoli— que corresponden a dos modelos normativos diferentes: “el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho (o modelo constitucional)”.⁽²⁾

Esta nueva concepción del neoconstitucionalismo, que amplía la incidencia del DIDH en las normas internas, como así también impone que todos los actos estatales deben aprobar el estándar de los derechos humanos para tener validez y legitimidad, incorporará a la organización interna de los Estados una nueva práctica que traerá discusiones y desequilibrios si pretendemos abordarla con las viejas concepciones jurídicas. De ello resultará una síntesis entre “Constitución - Derechos Humanos - Democracia” que abre paso a la incorporación de tipologías que modificarán lo actuado hasta ahora.

Con dichos lineamientos teóricos analizaré la incorporación de la perspectiva de género, los avances realizados por las ONG de DDHH, abogadas/os y ciudadanas/os, y el comportamiento de la sociedad civil y política en la materia, en nuestro sistema constitucional y a partir de la recuperación de la democracia.

Corresponde señalar que la problemática sobre la igualdad, desigualdad y discriminación contra las mujeres es una cuestión de estudios relativamente recientes en nuestro país, aunque nadie duda que se trata del

(2) FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo*, 2^a ed. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta SA, pp. 13/14.

colectivo más numeroso en cualquier sociedad, que conforma la mitad de la humanidad, por lo que resulta incomprensible que la otra mitad de sus miembros encuentre natural que se inferiorice al cincuenta por ciento de sus componentes.

En el **globalismo jurídico**, los derechos corresponden a los seres humanos, ya sea en su condición de ciudadanas/os o sujetos de derecho internacional, donde el estándar mínimo determina que todos nacen libres e iguales, independientemente de su nacionalidad, raza, condición social, educación, linaje, etnia, ciudadanía, género y que no reconoce ningún tipo de fronteras.

Este **globalismo jurídico** se encuentra contenido en las declaraciones, pactos, tratados y convenciones, internacionales y regionales, que a su vez tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y casi contenciosos de control del cumplimiento de su contenido, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben.

El contenido de las normas del DIDH se encuentra basado en un consenso universal, posee un positivismo convencional regulado en el texto de los artículos respectivos en cada instrumento que tienen, en el caso de Argentina, jerarquía constitucional, si se trata de aquellos mencionados en el art. 75, inc. 22 CN —11 instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina—, o con jerarquía superior a las leyes internas —art. 75, incs. 22 y 24 CN—, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a estos; de lo contrario, la CSJN deberá resolver su inconstitucionalidad en los casos sometidos a su control jurisdiccional, competencia que surge como actividad propia del Poder Judicial del “control de constitucionalidad y convencionalidad” de las leyes y actos de Gobierno.

También corresponde aplicar la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que establece el deber de los Estados de cumplir con las obligaciones enunciadas en estos o las que surjan del derecho internacional; la validez de los tratados, su cumplimiento y la interpretación favorable a su vigencia, así como la nulidad de aquellos que se opongan a una norma imperativa del derecho internacional general.

2.2 | El nuevo paradigma de los derechos humanos

Como lo anticipara en la introducción, los derechos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico. Ponen una construcción epistemológica distinta.

En primer lugar, en cuanto a su origen, los derechos humanos surgen a partir de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos; son construcciones convencionales realizadas entre los Estados que las elaboran, en los primeros momentos, con formato de declaraciones donde se discutía su exigibilidad, hasta perfeccionarlas en pactos y convenciones exigibles por quienes las ratifiquen. En la actualidad, los derechos humanos son aceptados por sus características de suprallegalidad interna, orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciableidad, no regresividad y aplicación del principio *pro homine*, los que se diferencian de los derechos subjetivos que surgieron como exigencia de los propietarios ante el poder absoluto al constituirse el Estado liberal de derecho, donde los derechos a la propiedad y las modalidades de libertad eran los ejes, siendo el principal papel estatal su consagración legislativa y su rol abstencionista.

En segundo lugar, en cuanto a la formalidad, los derechos humanos son construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados, ya sean de una misma pertenencia internacional o regional —NU, OEA, Unión Europea, Unión Africana—, que a pesar de las diferencias culturales, étnicas, geopolíticas o de poder consensuan estándares mínimos de derechos, de manera que si un Estado en su derecho interno tiene mayores reconocimientos, funciona el principio *pro homine* y se aplica siempre el derecho más favorable al ser humano, pero, a la vez, los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlos, ya que siempre deben respetar el piso mínimo. Estos instrumentos, luego de ser sometidos a su aprobación en el organismo internacional o regional que corresponda, poseen otro proceso igualmente formal por los poderes de cada Estado para su nueva aprobación en el derecho interno y una vez que se logra el voto positivo, nuevamente vuelven al trámite internacional hasta culminar con el depósito del instrumento ratificado. En cambio, los derechos subjetivos se consagran por la sanción de las leyes de cada Estado. Ya sean constitucionales u ordinarias, son formulaciones generales que

propenden al bien común general y conforman las constituciones, legislaciones internas y normas del sistema jurídico que contemplan las particularidades de cada país y que pueden ser cambiadas con mayor frecuencia, dado que dependen únicamente del poder político de cada Estado y de la correlación de fuerzas internas.

En tercer lugar, se diferencian en cuanto al sujeto. Los derechos humanos son violados por acción u omisión por los Estados, de manera que no solo estos incumplen una convención cuando en sus prácticas los vulneran o desconocen directamente, sino también cuando frente a una situación de desposesión generalizada no adoptan políticas públicas para que las/os ciudadanas/os y los seres humanos tengan acceso a los derechos, de manera que se reconoce la antijuridicidad objetiva. Por otro lado, los derechos subjetivos son vulnerados por particulares, personas físicas o jurídicas, grupos y sociedades que se encuentran en el circuito económico y poseen una base contractual privada o perpetran una conducta disvaliosa tipificada como ilícito. En una comunidad todos deben obrar respetando la ley, por ello a quienes no se adaptan al respeto normativo les corresponderán procesos y sanciones frente a ilícitos, pero mucho más grave aún es cuando desde los Estados se violan los derechos, dado que la "razón de Estado" de todo Estado de derecho debe ser el obedecimiento irrestricto a la ley, por lo que no es aceptable que los Estados incumplan las leyes.

En cuarto lugar, se diferencian en cuanto al objeto. Los derechos humanos son derechos y garantías que constituyen necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los respectivos instrumentos convencionales, partiendo de la concepción que todo ser humano es un sujeto de derecho internacional y cada Estado como parte integrante de la comunidad internacional debe velar para que todas/os disfruten de los derechos, independientemente de su capacidad de adquirirlos frente al mercado. Deben ocuparse los Estados del acceso al derecho, remover los obstáculos cuando los seres humanos no pueden tener derechos. Por otro lado, el objeto de los derechos subjetivos es la defensa y protección del derecho de propiedad, las cosas o los objetos susceptibles de apreciación patrimonial reconocidos por las leyes del sistema jurídico interno.

En quinto lugar, se diferencian en cuanto al sistema de garantías. Cuando los derechos humanos contenidos en el sistema convencional son violados, las/os ciudadanas/os disponen de un accionar jurisdiccional en los tribunales

de justicia de su país, pero si el reclamo no es receptado y se sienten agravadas/os, subsidiariamente pueden reclamar ante el organismo de control de cada instrumento convencional, por ejemplo, ante el incumplimiento de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —una vez que se agota la vía interna y dentro de los seis meses—, según su art. 46.1.b), se puede acudir a la CIDH y por intermedio de esta solicitar medidas provisionales ante la Corte IDH. Además, la legitimación es más amplia pudiendo presentarse el afectado —característica de los derechos subjetivos—, ONG, pueblos o Estados, por ejemplo, si se vulnera el principio de igualdad entre varones y mujeres.

Igualmente, pueden citarse procedimientos similares ante el incumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que, recordemos, tiene jerarquía constitucional, atento a que Argentina ratificó su Protocolo Facultativo por ley 26.171 —BO 11/12/2006—, por el cual habilita que puedan presentarse ante el Comité CEDAW comunicaciones, ya sea por personas o grupos que aleguen haber sido víctimas de una violación por parte de los Estados parte de cualquiera de los derechos reconocidos por la Convención, conforme los arts. 2º y 3º del Protocolo CEDAW. Por el contrario, si la vulneración es de derechos subjetivos, se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional interno del país cuando los particulares incumplen contratos, frente a obligaciones insatisfechas, ante la turbación ilegítima de un derecho, frente a la desposesión arbitraria o frente a ilícitos, porque lo que se reclama es reponer la situación de la víctima al estado anterior al litigio o en caso de imposibilidad —como es la muerte de una persona por otro particular, ya sea ante delitos o quasi delitos— se reclamará el daño y perjuicio, la sanción punitiva o ambas.

En sexto lugar, se diferencian en cuanto a la jurisdicción. Los derechos humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, según el instrumento convencional que los regula. Se aplica la subsidiariedad porque primero se deben interponer y agotar los recursos en la jurisdicción interna del Estado donde se ha producido la violación y, una vez que se agotó la vía dentro del sistema jurisdiccional de cada país, se habilita el reclamo o demanda internacional. Los derechos subjetivos tienen jurisdicción interna, deben ser judicializados en los tribunales competentes de cada país y será el superior tribunal de justicia, conforme la organización judicial in-

terna, el que resuelva finalmente y cuya sentencia será definitiva e inapelable. Solo cuando el litigio versa sobre cuestiones de derechos humanos es posible someter el decisorio a análisis de otro organismo supranacional, pero este no podrá revisar un fallo de los tribunales de otro país ni las leyes internas de aquel, sino que solo analizará si el caso sometido a análisis viola o no normas convencionales.

Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos porque, frente a determinadas violaciones sobre los primeros, no podemos analizar únicamente los contenidos del derecho interno, sino que se impone el control de convencionalidad.

Ello implica que en materia de género existen tres convenciones que deben cumplirse: una con jerarquía suprema, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y otras con jerarquía superior a las leyes internas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. Dichas normas convencionales son normas superiores a las leyes locales, por lo que siempre deben ser respetadas al momento de sancionar nuevas leyes, al adoptar políticas públicas o al dictar sentencias, porque su incumplimiento generaría responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional y ante los órganos de monitoreo de los referidos tratados.

Por ello, resulta necesario que intervenga el Estado para que se modifiquen costumbres, tradiciones, ideologías religiosas, patrones sexistas o prácticas en la familia, a fin de que se adopten medidas efectivas desde la comunidad internacional y los Estados, implementando políticas públicas para la efectiva igualdad, inclusión y paridad de las mujeres, dado que su incumplimiento implica una violación a sus derechos humanos.

Distintas modalidades de discriminación habitual constituyen la violencia contra las mujeres, consistente en actos basados en el género que tienen como resultado producir un daño físico, psicológico o sexual, que van desde una amplia gama de padecimientos que vulneran el derecho a la vida, a la libertad, a la consecución económica, social y cultural, a la autodeterminación, hasta la participación en condiciones de disparidad de las mujeres

con los hombres en todos los espacios públicos de la política de la que son ciudadanas, solo por el sexo al que pertenecen.

Múltiples son los casos y causas para justificar, según las tradiciones o las ideologías, violaciones a los derechos humanos de las mujeres, prácticas, acciones, omisiones o tentativas que se manifiestan en hechos que van desde la violencia física mediante golpes y lesiones que pueden terminar con sus vidas, desfiguraciones del rostro y cuerpo con lesiones leves, graves o gravísimas, mutilaciones, violaciones y abusos sexuales de niñas y adultas en el ámbito doméstico y familiar, el hostigamiento y acoso sexuales, intimidaciones sexuales en el trabajo, discriminaciones en la esfera de la educación, la prostitución forzada y comercio internacional, embarazos forzados, hasta descalificaciones y desacreditaciones solo por el hecho biológico del sexo al que pertenecen. Cuando esto sucede, no puede construirse una sociedad en armonía, porque nunca podrá serlo si se torna natural discriminar a la mitad de seres que componen su cuerpo social.

Informes de la Organización de las Naciones Unidas dan cuenta, a inicios del siglo XXI, que pasarán varios siglos para que alcancemos la igualdad con paridad, máxime si se toman en cuenta datos de diversidades culturales en donde las mujeres, so pretexto de su protección, están en una gran desventaja en sus situaciones sociales y familiares para ser consideradas en paridad. Pero también es cierto que, desde el advenimiento del paradigma de los derechos humanos, han pasado poco más de 60 años y los avances y ventajas alcanzadas son muy esperanzadoras si miramos nuestra historia.

2.3 | La Constitución Nacional de 1994, el paradigma de los derechos humanos y las exigencias de género

2.3.1. Las constituciones y leyes previas a 1994

En el ámbito normativo, debemos distinguir los textos constitucionales del siglo XIX que, en general, adoptaron los principios del constitucionalismo liberal, en donde la igualdad era exclusivamente referida a los varones, a la situación de hombres nobles, libres y esclavos y a la situación de la igualdad constitucional del siglo XX, en donde se regularon derechos para ambos sexos y se incluyeron cláusulas de prohibición.

En este sentido, Argentina no escapa a la regla; por ello, su Constitución Nacional de 1853 contiene una normativa en contra de la esclavitud en su art. 15 y disposiciones referentes a la igualdad en su art. 16, entendiendo a esta como igualdad formal en los siguientes términos: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley”. Si bien no hace distinciones entre varones y mujeres, en esa etapa era impensable que ese tratamiento podía incluirlas.

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1949, al tratar los derechos de familia —art. 37, apartado II, punto 1—, dispone: “El Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad” constituyendo, de esta manera, la igualdad en las relaciones de familia y en la patria potestad. Esta Constitución fue derogada por una proclama del gobierno de facto el 27/04/1956, volviendo las mujeres a quedar en una situación de desigualdad en las relaciones entre los cónyuges y en la institución de la patria potestad, volviendo a ser ejercida por los padres.

En el ámbito legislativo, primero tuvimos acceso a los derechos civiles, posteriormente a los derechos políticos, otorgándose los mismos derechos que tenían los varones en el país. El Código Civil establecía incapacidades de derecho y de hecho, distinguiendo entre la situación de la mujer soltera y la de la casada. La posición de esta última era equiparada a la de los menores adultos, con incapacidad para la administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales, siendo el marido su representante necesario para todos los actos civiles y quien debía prestar su autorización para el ejercicio de los actos que ella podía realizar por sí misma. Además, en dicho Código, solo se reconocía el matrimonio religioso y la celebración de las nupcias se encontraban reguladas por las normas del rito de los cónyuges, verificándose así la influencia directa del derecho canónico. La ley 2393 de matrimonio civil del año 1888 vino a cambiar ese régimen matrimonial y la institución pasó a ser regulada por el derecho civil; no obstante, la situación de inferioridad de la esposa respecto al marido siguió subsistiendo.

En el año 1926 se sancionó la ley 11.357, que estableció la igualdad en los derechos civiles de las mujeres. Esta legislación reconoció como antecedentes las influencias de la Revolución Industrial y del feminismo de Europa y EEUU. No obstante las modificaciones que introdujo esta ley, los derechos civiles seguían cercenados, pues esa normativa solo concedió a la mujer mayor de edad, soltera, divorciada o viuda, plena capacidad para

ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocían al hombre mayor de edad, pero no sucedió lo mismo con la mujer casada que conservaba serias limitaciones relativas a sus derechos de familia y patrimoniales y no podía administrar y disponer de sus propios bienes —facultad que continuaba reservada al marido—, con la única excepción de aquellos bienes adquiridos con el producto de su trabajo.

Esta situación discriminatoria ante la ley recién se revirtió en el año 1968 con el dictado de la ley 17.711 que consagró que la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, posee plena capacidad civil. Merece destacarse así que quedó abolida la necesidad de la autorización marital que antes se requería para el ejercicio de profesión, empleo, comercio o trabajo honesto. También se ampliaron los derechos patrimoniales de la mujer casada, poniéndosela en igualdad con el hombre en lo que hace a la administración de los bienes. Faltó, sin embargo, regular respecto de las prerrogativas existentes a favor del hombre en lo referente al domicilio de la mujer casada, a la patria potestad de los hijos, a la incapacidad de contraer nuevo matrimonio hasta que transcurrieran diez meses de la disolución del anterior, entre otras.

En cuanto a los derechos políticos, las tentativas en el Congreso Nacional para lograr una ley de sufragio femenino comenzaron en 1907, pero las contiendas recién dieron su fruto al sancionarse a nivel nacional la ley 13.010 el 09/09/1947, a instancias de muchas mujeres políticas entre las cuales merecen ser consideradas sus máximas exponentes Alicia Moreau de Justo y Eva Duarte de Perón, cuando ya sesenta países habían consagrado ese derecho. En el año 1948, a los fines de tornar operativo el voto, se estableció la obligatoriedad de darle a la mujer el respectivo documento de identidad y se promulgó la ley 13.480 que excluyó del padrón electoral la inserción del año de nacimiento de la mujer.

Resulta hoy interesante recordar algunos argumentos sostenidos en las diferentes oportunidades en que se trataron iniciativas parlamentarias relacionadas con los derechos políticos de la mujer y que precedieron la sanción de la ley del sufragio femenino. Los fundamentos articulados en su contra revelan una cerrada concepción de la posición de la mujer, en la que se trató de presentar una antítesis entre su rol de esposa y madre de familia con el derecho a participar en la vida política de la República, no obstante este había sido un reclamo compartido por la mayoría de las naciones occidentales.

En nuestros días, la actuación de la mujer en los planos nacional e internacional ha desvirtuado rotundamente el razonamiento basado en que la asunción de responsabilidades laborales y su inserción en el espectro público nacional hayan incidido en forma negativa sobre el comportamiento de la sociedad. Atento los nuevos roles concedidos por el ordenamiento jurídico y las exigencias de los cambios de las épocas, los integrantes de la comunidad y de la familia han debido reformular las relaciones sin que resulte justo imputar a los derechos de las mujeres ningún tipo de efecto negativo.

2.3.2. La Constitución y leyes a partir del advenimiento de la democracia en 1983

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 se incluyeron tres disposiciones sobre acciones positivas para la ampliación de derechos de las mujeres: la relativa a derechos políticos —art. 37, última parte—, a los derechos humanos —art. 75, inc. 23— y a no ser sometida a discriminación al otorgarse rango constitucional a la CEDAW —art. 75, inc. 22—, iniciando así la etapa de las prohibiciones expresas, en donde las mujeres deben participar por lo menos en un 30% en la conformación de listas para el acceso a los cargos públicos y partidarios, estando en su consecuencia prohibido confeccionar listas sin contemplar la referida inclusión.

En la igualación de los derechos civiles de la mujer han tenido especial gravitación los convenios internacionales que la Nación Argentina suscribió y que, en mérito a lo establecido por el art. 75, inc. 22 CN, tienen hoy jerarquía constitucional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención específica citada —CEDAW—.

La CEDAW es una Convención que tiene como objetivo central reafirmar la dignidad e igualdad de derechos entre hombres y mujeres, reconociendo el estado de mayor vulnerabilidad de estas y por ello la situación de exclusión, menoscabo, limitación y discriminación de la que son objeto.

Reconociendo la situación de discriminación, los Estados Parte se comprometen a realizar cambios legislativos, prácticas y políticas públicas, para lograr la protección de los derechos de las mujeres partiendo de la igualdad con los hombres para erradicar todo tipo de discriminación —art. 2º—.

Para ello, se comprometen a adoptar medidas especiales, transitorias, temporales y permanentes; encarar con políticas públicas modificaciones de los patrones socioculturales para eliminar prejuicios y comportamientos machistas; asumir cambios educativos y culturales sobre el rol de la mujer como sujeto de derecho en todos los ámbitos: en la familia, en la sexualidad, en la vida política y privada, en la nacionalidad, en la educación, en la economía relativa a créditos y finanzas, en la salud y atención médica, en el matrimonio y maternidad, en el empleo, trabajo y profesión, en el esparcimiento deportes y vida cultural, en la protección de las mujeres rural y su papel en la supervivencia económica de su familia, en la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia, entre otros derechos.

La CEDAW consagra un Comité —arts. 17 a 22— que monitorea el cumplimiento de la Convención: realiza un seguimiento acerca de las medidas legislativas, judiciales, políticas y administrativas que adopten los Estados Parte para hacer efectivo el cumplimiento de la Convención, y recibe informes sobre los progresos alcanzados, como así también denuncias ante el incumplimiento.

Siguiendo con las normas convencionales, con el objeto de preservar la integridad física y para evitar la violencia contra las mujeres, Argentina ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Belem Do Pará, Brasil, que en su art. 1º establece que “para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Conforme el art. 2º, se entiende que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que se perpetre en la esfera privada o pública, ponderando si el agresor compartía o había compartido el mismo domicilio que la víctima, que comprende la violación, el maltrato y abuso sexual, tortura, trata de persona, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual en el trabajo, en instituciones educativas, establecimientos de salud o en cualquier lugar que ocurran y que la misma haya sido perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que se suscite.

Establece que toda mujer tiene derecho a vivir sin violencia, derecho al reconocimiento de todos los derechos humanos, a que se respete su vida, su integridad física, a la libertad, al respeto a su dignidad, a ser libre de toda discriminación, a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados, de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación —arts. 3º a 6º de la Convención—.

Se imponen obligaciones a los Estados, tales como: adoptar políticas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; realizar modificaciones en su legislación interna; adoptar medidas jurídicas contra los agresores; modificar prácticas jurídicas consuetudinarias que toleran la violencia contra la mujer; adoptar medidas de protección, refugios, cuidado de los niños afectados; establecer un sistema de juicios rápidos y oportunos; brindar efectivo acceso al resarcimiento; crear programas para el respeto de los derechos humanos de las mujeres, los que incluyen educación formal e informal, campañas para contrarrestar los prejuicios, costumbres y prácticas de roles estereotipados de los hombres que legitiman la violencia contra la mujer; efectuar investigaciones y recopilación de datos para evaluar las causas y eficacia de las medidas que implemente el Estado, entre otras —arts. 7º y 8º—.

Para hacer efectivos los derechos de las mujeres y una vida libre de violencia, se deben efectuar informes periódicos a la Comisión Interamericana de Mujeres, donde los Estados deben suministrar los datos sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, conforme el art. 10.

Cualquier persona, grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados de la OEA, puede presentar peticiones a la CIDH cuando se hubiere violado la Convención, por lo que se han presentado demandas de diversos países de las Américas, donde los fallos de la Corte IDH dan muestra de su interpretación y aplicación, jurisprudencia que luego se recepta en los Estados miembro del sistema. En el derecho interno se sancionó la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar.

En el derecho interno, luego de la recuperación de la democracia en 1983, se sancionaron las leyes 23.264, que legisla la patria potestad compartida entre los cónyuges, y 23.515 que regula el divorcio vincular, ambas

relativas a la igualdad de derechos entre varones y mujeres en el ámbito de la familia. Actualmente, los esposos pueden fijar de común acuerdo el domicilio conyugal, es optativo el uso del apellido del marido, el ejercicio de la patria potestad está en cabeza de ambos padres en forma conjunta, presumiéndose que los actos realizados por uno tienen el consentimiento del otro, la edad para contraer matrimonio se eleva a 16 años para la mujer y 18 para el varón, se deroga la disposición del art. 93 de la Ley de Matrimonio Civil que establecía el plazo de viudez de la mujer —un mínimo de diez meses para contraer nuevas nupcias—, se mantiene a favor de la madre la tenencia del hijo menor de cinco años en caso de divorcio, se establece la reciprocidad de la obligación alimentaria entre los cónyuges y la elección del nombre del hijo a cargo de ambos padres, atributo que antes estaba reservado al marido.

Como resabios discriminatorios en contra de los derechos femeninos, puede señalarse que los hijos llevan como primer apellido el paterno, aunque en la actualidad se le agrega el apellido materno; la mujer divorciada que no ejerce profesión o industria no puede continuar llevando el apellido del marido ni la administración de los bienes gananciales de origen dudoso cuya titularidad la tiene el hombre; la acción de impugnación de la maternidad que puede de ser ejercitada en contra de la mujer en cualquier oportunidad, mientras que para la impugnación de la paternidad rige el plazo de caducidad de un año y no puede ser deducida por la mujer —art. 262 CC—.

A modo de conclusión, podemos decir que la mujer ha alcanzado hoy un grado de igualdad y libertad que no había podido ejercer antes, se ha insertado en la sociedad actual en condiciones igualitarias con las masculinas y va adquiriendo igual educación y derechos y al incorporarse en el mundo laboral adquiere derechos económicos y se va posicionando en los espacios de poder y de las máximas jerarquías.

Otra norma convencional importante, que como la anterior tiene jerarquía normativa superior a las leyes del derecho interno, es el Protocolo de Palermo que tiene como objeto prevenir, combatir y perseguir la trata de personas, cuyo mayor número de víctimas son mujeres y niñas. Este es un delito de delincuencia organizada transnacional que mueve billones de dólares y donde se perpetúa con grandes mafias internacionales con redes en el país de origen de las víctimas que capturan, un tránsito de las traficadas y un lugar de acogida en donde se realiza la explotación de

seres humanos en un estado de total vulnerabilidad física y psíquica que podría afirmarse que son esclavizadas a nivel de cosas, donde no se les reconoce ninguna dignidad.

En su art. 3º se define y se dan los elementos del tipo del delito de trata al establecer:

- "a) Por trata de persona se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de persona a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará 'trata de persona'".

El contenido del artículo citado pone de manifiesto las acciones que constituyen el tipo del delito de trata, por el cual todos los que participen en cualquiera de los tramos son autores o coautores del ilícito. En los tribunales, cada vez vemos con mayor asiduidad cómo mujeres y niñas —menores de 18 años— que viven en situaciones de total vulnerabilidad y pobreza, son trasladadas con ardor y promesas de empleos honestos, con los cuales aspiran poder ayudar a sus familias económicamente y cuando llegan al lugar de acogida son sometidas inmediatamente a la explotación sexual, donde padecen todo tipo de violencia y son tratadas como cosas, perdiendo toda dignidad y condiciones de humanidad.

Nuestro país ha adoptado medidas legislativas en los años 2008 y 2012 con las leyes 26.364 y 26.842 respectivamente, sobre prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, sancionando en sentido similar a la norma convencional el delito de trata, la garantía de los derechos de las víctimas, el sistema de denuncias, las normas penales y procesales, creando un Comité de lucha contra la trata de personas para combatir este verdadero flagelo. No obstante, nadie desconoce que lo más efectivo que puede encararse contra la trata de personas es educar e informar a las presuntas víctimas, trabajar sistemáticamente contra la pobreza, la exclusión, la marginación de mujeres y niñas, educar a los operadores del Estado desde el Poder Judicial para concientizar en la materia, a las fuerzas de seguridad, a la opinión pública, a los medios de comunicación masivos, al sistema educativo formal e informal, porque solo si existe un compromiso e involucramiento de toda la sociedad será posible ser efectivo a tan organizada criminalidad.

2.3.3. Jurisprudencia de género

Como respuesta a la aplicación de las normas de mayor jerarquía desde la CSJN podemos señalar fallos en la materia: el realizado en el caso "F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva", 13/03/2012, F 259. XLVI, donde se aborda la interpretación del art. 86 CP sobre el derecho al aborto cuando una mujer es violada y el del caso "Góngora, Gabriel s/ Causa nº 14.092. Recurso de Hecho", 23/04/2013, G. 61. XLVII, donde se resuelve que no es admisible la suspensión del juicio a prueba en delitos que vulneran la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Con aplicación permanente de la teoría de género y de las normas convencionales con jerarquía constitucional y con superioridad al derecho interno, conforme el art. 75, inc. 22 CN, he tenido oportunidad de fallar desde que asumí como jueza de la Cámara Federal de Casación Penal en el año 2011 en numerosos casos de violencia contra la mujer, en temas tales como: trata de personas, abuso sexual, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, homicidios de familiares hijos o pareja de la ex mujer, aborto, abandono de personas, suspensión de juicio a prueba, expulsión anticipada, entre otros. Estos fallos pueden consultarse en la página web de la Cámara Federal de Casación Penal donde, desde este año, hemos creado por resolución 62/2014 un lugar específico dentro de la página institucional del Poder Judicial con el boletín de jurisprudencia de dicha Cámara.

3 | Conclusiones

En nuestro país la igualdad es un principio y un derecho; no obstante, subsisten prácticas androcéntricas que manifiestan la persistencia en herencias culturales que dificultan asimilar e internalizar los cambios operados. Para lograr una modificación de la “mentalidad femenina”, en la búsqueda de una nueva identidad, las mujeres deben asumir la construcción de sujeto de derecho en paridad, acorde con los derechos que se han logrado y, como contrapartida, los varones de la sociedad deben realizar cambios de conductas que permitan su pleno ejercicio, para lo cual es fundamental el rol del Estado para lograrlo.

Con el advenimiento del paradigma de los derechos humanos, estos no pueden ser una cuestión reservada a la jurisdicción interna de los Estados, sino que debe entenderse que cuando un país ratifica un tratado es para su efectivo cumplimiento y tal acto le impone un compromiso ante la comunidad internacional. De esta manera, agranda su catálogo de derechos y, en consecuencia, debe adoptar todas las medidas para hacerlos efectivos y asegurar su pleno ejercicio. Por ello, no se puede sostener que se viola el principio de no injerencia en los asuntos internos cuando la comunidad internacional reclama el cumplimiento de los derechos humanos a los Estados, en concordancia con lo establecido por la Corte IDH, cuando afirma que cuando se concluyen tratados internacionales el Estado accede a que determinados aspectos de su jurisdicción interna sean objeto de pronunciamientos por parte de los órganos instituidos para la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas a nivel internacional.

Por ello el Estado, a través de los Poderes, deberá adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, políticas y de toda índole para que el desarrollo de las/os ciudadanas/os o personas, quienes además son sujetos de derecho internacional, se haga en igualdad, sin discriminaciones ni exclusiones, entre mujeres y varones dentro de la sociedad democrática que conformamos.

La violencia ha sido y es motivo de preocupación del DIDH y de las instituciones responsables de las políticas públicas. La mujer es la mayor víctima de violencia generada por la desigualdad de género. El hecho de que se trata de una cuestión cultural significa que es susceptible de ser modificada; por ello es prioritaria la educación de la mujer, para evitar el desconocimiento de

sus derechos y lograr que se apropie de su condición de sujeto de derecho y de ciudadana, para defender sus derechos y ser parte activa del cuerpo social al que pertenece.

Las/os profesionales del derecho en los distintos roles, en el ejercicio de la judicatura, de los ministerios públicos fiscales y de la defensa, en el patrocinio en ejercicio de la profesión liberal, en la academia, en los asesoramientos al poder político, en nuestros roles de ciudadanas/os, tenemos una obligación ética en la transformación de la sociedad para la igualdad y hasta la consecución de la paridad entre hombres y mujeres.

En una democracia donde mujeres y varones sean efectivamente iguales en dignidad y derechos, libres de violencia, de trata, de discriminaciones de toda índole, se podrá llegar al disfrute del Estado constitucional de derecho que el país ha diseñado y para cuyo fortalecimiento, a los 20 años de la sanción de la reforma constitucional, continuamos trabajando para lograrlo.

El federalismo fiscal argentino: un “nudo gordiano” difícil de desatar⁽¹⁾

por JORGE GAGGERO⁽²⁾

I | La cuestión fiscal federal: una historia de nunca acabar

La coparticipación de impuestos es una pieza central del muy imperfecto sistema fiscal federal que supo darse la Argentina. Las cuestiones de la descentralización provincial y la autonomía municipal son, a su vez, componentes claves de la reforma federal eternamente pendiente, por varias razones.

Primero, la política. Uno de los fundadores intelectuales del federalismo, Alexis de Tocqueville, lo explicó con claridad: “El sistema federal tiene

(1) El presente texto fue escrito hace casi 13 años y publicado en más de una oportunidad.

(2) Licenciado en Economía Política (FCE, UBA). Especialista en finanzas, política y administración tributaria y regulación de servicios públicos. Profesor en cursos de posgrado en finanzas públicas e historia fiscal en las Universidades Nacionales de Buenos Aires, La Plata, Córdoba, Cuyo y del Comahue, en FLACSO y en la USAL. Investiga en el CEFID-AR (Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de Argentina) desde el año 2004. Desempeñó en los últimos años, entre otras, las siguientes tareas: colaborador del Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires; asesor de la Cámara de Diputados de la Nación; consultor del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, de la Secretaría de Hacienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del CIN (Consejo Interuniversitario Nacional), de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y de la AFIP (Administración Federal de Ingresos Pùblicos). Es autor de numerosas publicaciones acerca de temas de su especialidad y de la historia política y económica de la Argentina. Integra el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), la Red de Justicia Fiscal de América Latina y la red global TJN (Tax Justice Network).

como fin unir las ventajas que los pueblos sacan de la grandeza y de la pequeñez de su territorio. Las pequeñas naciones son libres y democráticas pero son débiles. Las grandes son fuertes pero tienden al despotismo". En su visión, el federalismo es entonces el sistema político ideal para las grandes naciones, al permitir moderar su "tendencia natural" a generar gobiernos fuertes, con inclinación autoritaria, mediante una constelación de poderes locales (provinciales y municipales, en nuestro caso), más pequeños y —suponía Tocqueville— más democráticos.

Nuestro proceso histórico muestra, en segundo lugar, una secuencia de construcción institucional "de abajo hacia arriba": primero fue el municipio, en la colonia; con la independencia, las provincias se constituyeron y afianzaron (con dispar fortaleza) antes que el propio Estado nacional; la República comenzó tarde —hace apenas un siglo y medio— su camino, cuando fue posible establecer una institucionalidad aceptable para las provincias confederadas. Esta secuencia no aparece hoy reflejada en el funcionamiento federal. La fortaleza relativa de los tres niveles de gobierno muestra un orden inverso al de su génesis: el municipio, notablemente postergado en su desarrollo, es el "eslabón débil" de la cadena federal; lo secundan las provincias, muy debilitadas en relación con el poder que supieron tener en la etapa fundacional; y el Estado central se ha fortalecido, en términos relativos.

Tercero, las transformaciones de largo plazo han resultado en un federalismo fiscal con graves desbalances. El gobierno nacional concentra una desproporcionada responsabilidad en la recaudación de los ingresos públicos, al tiempo que los gobiernos subnacionales —sobre todo las provincias— han asumido un abanico cada vez más amplio y costoso de funciones (en especial, las asociadas al gasto social) sin que se haya verificado un paralelo crecimiento de sus recursos tributarios. Peor aún es que los recursos coparticipados que se les transfieren desde el Estado nacional —una parte de los impuestos que este recauda, que son de propiedad provincial— resultan cada vez más retaceados, como consecuencia de los históricos "desvíos" que engrosan la caja de la administración central.

Este desbalance entre crecientes responsabilidades de gasto, limitados recursos de recaudación propia —en parte por responsabilidades que escapan a las provincias, pero en buena medida también por sus defec-

ciones— y menguadas transferencias desde el centro, tiene serias consecuencias que todos conocemos y sufrimos. Las principales son:

- Los problemas de solvencia (los recurrentes déficits provinciales y municipales, difíciles de cerrar).
- La muy limitada responsabilidad fiscal de los gobiernos (cuando el gasto no va acompañado del costo de recaudar es muy difícil lograr su disciplina).
- La imposibilidad de un efectivo control democrático por parte de quienes pagan los impuestos (cuando el poder recaudador está muy lejos, y los verícuetos del gasto y los ingresos públicos son incomprensibles, no es posible informarse ni reclamar).
- La cada vez más visible debilidad política de las autoridades subnacionales, crecientemente subordinadas a las "dádivas" de la administración central (no es posible una verdadera autonomía política sin un nivel razonable de autonomía fiscal).

Estos desequilibrios estructurales demandan un adecuado conjunto de reformas que permita completar el proceso de descentralización federal, avanzando en el campo tributario, y mejorar también de modo sustancial la coordinación entre niveles de gobierno (tanto en materia normativa como de gestión, y tanto en el plano del gasto como en el de los ingresos y la deuda pública). La necesaria reforma del sistema de coparticipación federal de impuestos resulta una pieza indispensable del rompecabezas a armar.

2 | Algunas reflexiones adicionales (... de un quinquenio atrás)

En realidad, se puede decir que "está todo dicho" acerca de esta cuestión. En especial en lo referido a la coparticipación federal de impuestos, pero no solo acerca de ella: tanto en términos académicos como en textos de proyectos de reforma con sus leyes completas y también en seminarios interminables que se vienen realizando desde hace veinte años.

La cuestión fiscal federal es uno de los cuatro problemas estructurales clave del sistema fiscal argentino. El segundo es el de la sustentabilidad fiscal. El tercero el de la competitividad —vale decir, lo que la fiscalidad debe proveer para el mejor funcionamiento de la economía—. Y el cuarto —aunque no en orden de importancia— es el de la equidad, una cuestión que sufre un enorme retraso (en rigor, regresión) acumulado, en especial

durante unos 30 años, a partir de 1975. El sistema fiscal está corrigiendo muy parcialmente, durante la última década, la fuerte inequidad que provee el funcionamiento de la economía “previo” a la intervención fiscal (a través de los impuestos y el gasto público).

En la cuestión fiscal federal deberíamos, antes que nada, seguir los consejos de los especialistas de los países federales maduros con mejor reputación. Voy a citar, al respecto, una frase del canadiense Richard Bird; dice que, en estas cuestiones, antes que los tecnicismos y los artificios de corto alcance, lo verdaderamente importante es el difícil y lento proceso de construcción institucional que hace posible los cambios y les da estabilidad en el tiempo.

En Argentina tenemos, como ya señalé, “todo escrito” (o dicho) y muy poco hecho en este campo. No hemos sabido montar los mecanismos de acción institucional y búsqueda de consensos que permitieran realizar al menos las correcciones de “sentido común”, las que “claman al cielo” y se vienen postergando lustro tras lustro.

Importa, entonces, mirar largo hacia atrás, porque la presunción posible —cuando uno toma conciencia de esta situación— es que pueden estar operando en el presente inercias muy poderosas, de origen muy lejano, que traban los cambios necesarios. Veamos rápidamente algunos apuntes acerca de la historia: la larga, en los términos de la “larga duración” (del historiador francés Braudel); la historia de mediana duración, que abarca un ciclo de unos 50 años; y el último “ciclo corto”, vale decir el período que va desde la caída de la convertibilidad hasta el presente.

2.I | La historia de larga duración

Viendo primero el tema “largo” hacia atrás, desde los 500 años de conexión global de estos territorios que hoy son la Argentina, 300 años lo fueron de mera existencia “municipal”: la única jurisdicción realmente existente fue, durante un largo período, el municipio (además de la gran unidad colonial que los contenía, en el último tramo, el Virreinato). Con la independencia nacional, ganan fuerza las provincias, antes incipientes. Desde 1810 hasta 1880, cuando termina de instituirse el proceso de federalización, son las provincias las que mandan. Desde 1860 pero más claramente luego, a partir de 1880, se produce la fuerte consolidación del Estado nacional. Estamos hablando de un Estado-Nación que tiene apenas entre 130 y 150 años de vida.

En una comparación global, nuestro Estado tiene una juventud notable. También la tiene en el contexto de América Latina, dado que nuestra muy prolongada guerra civil hizo que se constituyera con mucho retraso respecto de los Estados de Brasil y Chile, por ejemplo.

Cuando analizamos el proceso histórico de construcción fiscal en Argentina y lo contrastamos con la situación actual, advertimos que la fortaleza relativa de las distintas jurisdicciones municipal, provincial y nacional se ordenan hoy exactamente a la inversa de su secuencia histórica de desarrollo. La institución más débil es la municipal; le sigue la provincial, que ha perdido mucha fuerza relativa y —de acuerdo con los últimos números fiscales y evidencias políticas— sigue retrocediendo; y, por último, la nacional, que se proyecta con gran potencia relativa (y absoluta) a costa de las dos primeras.

2.2 | La historia de mediana duración

En cuanto al “ciclo de 50 años”, el de mediana duración, podemos afirmar que a mediados del siglo pasado y en términos de presión fiscal, diversidad tributaria y capacidad de corrección fiscal de la inequidad —o sea, de progresividad— la Argentina se parecía más a los países desarrollados que a las otras naciones de Latinoamérica. Se ubicaba en la punta, bastante lejos de Brasil, Chile y otros países con los que puede ser comparada. Mostraba alta presión fiscal, un aceptable nivel de diversidad y sofisticación en el sistema tributario y de eficacia en su administración y, a la vez, gran progresividad. Esta situación se extendió hasta la década del 60, cuando comienza a registrarse un gradual retroceso hasta que en las tres décadas posteriores a 1975 se verifica la caída “en picada”. No voy a hacer historia aquí porque todos tenemos cada vez más claro lo que nos ocurrió. Solo quiero destacar que el impacto de nuestras sucesivas crisis y el impacto de las tendencias negativas de la economía sobre el sector fiscal han sido muy definitorios y explican, centralmente, no solo el debilitamiento de las autonomías provinciales sino también la distorsión del sistema de coparticipación “nominalmente vigente”. Creo que todos tenemos claro que el actual régimen de coparticipación constituye un pálido reflejo de la norma legal vigente.

Para dimensionar la caída registrada en el último “ciclo de 50 años”, debe recordarse que el nivel de presión tributaria promedio de los tres lustros comprendidos entre 1945 y 1960 se recupera recién a mediados

de la década de la convertibilidad en los años 90. No obstante las bondades del sistema diversificado y progresivo de mediados del siglo pasado no se recuperaron, porque cuando se recobró el nivel de presión fiscal que había sido alcanzado medio siglo atrás (hacia 1945-50) se lo hizo sobre la base de un “nuevo” régimen donde el IVA tuvo (y tiene) un peso dominante y los impuestos progresivos (sobre los ingresos y los patrimonios) quedaron reducidos, en términos relativos, a una mínima expresión.

En suma, hacia mediados de los 90 se verificó una recuperación parcial que no resultó nada satisfactoria en términos de estabilidad, progresividad y mucho menos de competitividad productiva. Uno de los retrocesos más notables ha sido la casi total desaparición de los gravámenes a las denominadas “ganancias de capital” en cabeza de las personas. Establecido en 1946 como un impuesto separado del hoy llamado impuesto a las ganancias, el que fuera denominado como “impuesto a las ganancias eventuales” fue eliminado a principios de la década del 90 (y aún no ha sido remplazado por uno que cumpla similar función).

A principios del siglo pasado, con un Estado muy reducido, las provincias tenían una autonomía que se media en el orden del 80% de financiamiento con tributos propios respecto del total de sus ingresos. A mediados de la década del 30, se estableció el régimen de coparticipación y, hacia mediados de los 1950 —cuando el período de transición del nuevo régimen se había completado—, su autonomía se había reducido ya al 50%. Al momento de los “Pactos Federales Fiscales”, a comienzos de los 90, había caído ya hasta el 35% y, en los últimos años, ha oscilado en torno al 30%. Esta secuencia descendente da una clara idea del deterioro sufrido por la autonomía fiscal y política de las provincias durante el último siglo.

2.3 | La historia de corta duración

El “ciclo corto”, por fin, el que va desde la caída del régimen de convertibilidad hasta el presente, ha sido virtuoso en términos de la sustentabilidad convencionalmente medida (vale decir, sobre la base de los presupuestos corrientes. El problema hoy es que estamos ante una inversión del ciclo económico y, en tal circunstancia, solo el “presupuesto estructural” (el que “corrige” los precios y parámetros corrientes para reflejar reales tendencias de mediano plazo) permitiría guiarse con tino para la definición de las políticas fiscales —y no únicamente de ellas— para el corto y mediano

plazo. Enfatizando el problema, desaprovechamos un ciclo de auge espectacular como no tuvimos otro desde principios del siglo pasado para hacer las reformas de fondo. Ese es un pasivo grande del "ciclo bueno" de los últimos 12 años.

Si hablamos en particular del régimen de coparticipación, no hubo mejor oportunidad para producir la reforma del sistema que durante el ciclo ascendente de los últimos años. A juicio de la mayor parte de los especialistas en estas cuestiones, solo se puede intentar una reforma de este tipo en un momento de auge, aprovechando —en especial— los inicios del ciclo ascendente: como ninguna jurisdicción querría resignar nada a corto plazo —en cualquier circunstancia— el excedente de recursos permitiría financiar las correcciones de los coeficientes secundarios que, por ejemplo, deberían aceptar las provincias que tienen que ceder. En una etapa ascendente del ciclo, estas provincias "perdedoras" (en términos de coeficiente secundario de coparticipación) no sufrirían restricciones, porque los excedentes fiscales cubrirían las diferencias negativas resultantes de los "coeficientes reformados" durante el período de los cambios. Con una progresión económica positiva, a la larga todos los actores se asegurarían recursos crecientes "hacia adelante" aunque, obviamente, en distinta proporción.

¿No se puede hacer nada ahora? Sí, se podría, dadas ciertas condiciones. Tenemos la "coparticipación primaria" como campo de trabajo posible, con los problemas que trae toda puja del conjunto de las provincias versus la Nación. En un ciclo descendente, sin embargo, la deuda externa es más difícil de pagar y afloran todas esas cuestiones encubiertas que antes mencionamos (porque miramos solo el balance "corriente" y no el "estructural"). Entonces, tampoco es sencillo acometer en una fase de ciclo descendente la corrección de "la primaria". Esto se debe a que, como ya se señaló, el problema histórico de la absorción creciente de recursos por parte del sector estatal nacional, en las dos o tres últimas décadas, ha sido motivado por el desfinanciamiento de las cajas de jubilaciones y el aumento de la deuda externa.

Después de la última reforma previsional, sin embargo, el "paquete previsional" está pesando bastante menos para el Estado nacional, al menos en el corto plazo. Podría haber margen, entonces, para la realización de algunas reformas en favor de las provincias. Sin embargo, no debe olvidarse

que, como es obvio, la deuda sigue pesando. Entonces, en el *trade off* (la resultante neta de ambos movimientos), quedaríamos quizás peor en el ciclo descendente y más exigidos como país.

Pero, entonces, ¿quién o qué actores relevantes podrían impulsar en adelante una reforma federal? El interrogante clave parece ser: ¿será la crisis la que nos va a obligar a hacer una reforma en tiempos más cortos, con menos libertades y asumiendo el peligro de las pujas que las crisis suscitan entre los actores relevantes? Usualmente, las crisis terminan en resultados que no son los racionales de mediano y largo plazo; vale decir, no son los que proveen “racionalidad de conjunto”, porque resultan muy “contaminados” por las crudas correlaciones de fuerzas políticas e institucionales. Sin embargo, es muy probable que sea una gran crisis la que obligue a hacer las reformas que nos negamos a ejecutar con tiempo, en el mejor momento.

Esto ya sucedió en el pasado. El sistema tan progresivo que tuvimos en los años 50 se pudo montar sobre la reforma previa, tan abarcativa, de los años 30 que definió el sistema tributario moderno de Argentina. El régimen vigente es, en lo sustancial, el que se estableció en los años 30. La reforma incluyó la introducción de ganancias y la reasignación provincial en la imposición sobre los consumos de la época para posibilitar la introducción de ventas, que se potenció en el tiempo (y que terminó su ciclo cuando el progreso tecnológico-impositivo permitió introducir el IVA). La coparticipación fue la pieza maestra complementaria e indispensable de aquel cambio, a partir de la visión estratégica que tuvieron algunos hombres en el poder de la década del 30 (entre ellos, el joven Raúl Prebisch), quienes llegaron a la conclusión de que las atribuciones tributarias que las provincias no habían ejercido a partir de sus posibilidades constitucionales tenían que ser trasladadas al gobierno nacional, forzando para ello un “compromiso provincial” de ceder sus derechos en esta “cuasi-corrección” de nuestra Carta Magna que supusieron las reformas de entonces y la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos.

Los años 30 y la Ley de Coparticipación dieron inicio a este salto estratégico en la relación entre la Nación y las provincias, como así también a una de sus consecuencias, la gradual pérdida de autonomía de estas últimas. No era el único camino posible. Los países federales maduros, motivados por la misma crisis global, optaron por reforzar las atribuciones tributarias

de los estados subnacionales. En los Estados de Canadá y de los Estados Unidos, durante los años 30 se reforzaron los *retail sales tax* (impuestos sobre las ventas minoristas). Vale decir, se salió de la crisis a partir del reforzamiento de las autonomías tributarias subnacionales (también de las municipales). En Argentina se tomó, bajo un gobierno de facto, el camino inverso como consecuencia de la cesión de atribuciones constitucionales subnacionales clave en favor del gobierno nacional.

En mi opinión, a la larga, este ha sido un camino histórico negativo. ¿Por qué retrocedo hasta los años 30? Porque en ese entonces, la reforma se hizo para superar la rémora de un régimen impositivo de tipo "liberal decimonónico", muy atrasado para la época. Los presidentes Yrigoyen y Alvear quisieron establecer el impuesto sobre las ganancias en la segunda década del siglo pasado, pero el Senado conservador "echó para atrás" los tres proyectos sucesivamente presentados. Las condiciones especiales de los años 30 hicieron posible —por fin— el cambio, aunque con mucha demora. Debió haberse concretado veinte o treinta años antes. A veces me pregunto, entonces, si ahora no estamos pasando por una situación similar: una crisis mundial, que habrá que ver qué envergadura final y duración tiene, como posible detonante de demoradas reformas, transformaciones que debieron haberse hecho mucho tiempo antes. Estas reformas son muy centrales, nos tienen "atados" en el desarrollo de nuestro potencial y, en muchos casos, son necesarias para restituir connotaciones al sistema que estuvieron vigentes medio siglo atrás y se perdieron.

Para ir cerrando esta sección, vale preguntarse: ¿cuáles son las conclusiones operativas que resultan de la revisión histórica que hemos hecho, en los plazos largo, mediano y corto? Probablemente tengamos muy poco tiempo para intentar articular virtuosamente —"a la Bird"— un acuerdo que corrija esto que tenemos. Antes de la crisis, este sistema no "cerraba" en una perspectiva estratégica pero, en plena crisis, cerraría menos porque, por ejemplo, las "retenciones sobre las exportaciones" pueden desaparecer, según fuese la eventual caída de los precios internacionales de los *commodities*. El impuesto al cheque "clama" también por la reforma; en mi opinión, debería ser eliminado en el menor plazo posible. Entonces, ¿con qué recursos vamos a remplazar las que se pierdan como consecuencias de cambios en "retenciones" e "impuesto al cheque" si no es con un refuerzo de los impuestos directos, en particular del impuesto a

las ganancias en sentido amplio, y de los patrimoniales? Debe destacarse, a este último respecto, una circunstancia bastante visible aunque “naturalizada” en nuestro país: los impuestos patrimoniales provinciales están “abandonados de la mano de Dios”. Si se grafica el peso del conjunto de los impuestos provinciales sobre el PBI a través del tiempo, queda dibujada una línea horizontal, tal como la que vemos en el cine en las pantallas de las salas de “terapia intensiva” cuando alguien muere.

Para las provincias, la presión tributaria total da “casi muerto”, oscilando alrededor del 80% del PBI desde hace largos años. La administración nacional, por el contrario, “se va para arriba” en las últimas décadas. No puede alegarse que las provincias “dan muerto” porque estuvieron “oprimidas” por el Gobierno Nacional que les habría “impedido” conservar su autonomía tributaria. Y ello a pesar del correcto señalamiento de muchos, en el sentido de que ha sido sustancial el avance persistente de la administración nacional, con el IVA y el impuesto a los “bienes personales”, por ejemplo, sobre las bases provinciales (y tantos avances más de las últimas décadas). Las provincias “dan muerto” porque, y este es el problema más grave, no parece haber “voluntad política” ni siquiera al nivel de las jurisdicciones más grandes (con la excepción quizás, en los últimos tiempos y con matices, de la provincia de Santa Fe). No asoma la voluntad de “tensionar los sistemas”, haciendo uso de las atribuciones que se poseen.

La conclusión final, a mi juicio, es que hay que explorar un camino práctico —el más potente posible, en estas circunstancias mundial y local— para comenzar a corregir el sistema. Podría intentarse, por ejemplo, un acuerdo entre el Gobierno Nacional y las provincias “grandes” —las “cinco grandes”— a las que les pesa mucho la situación de dependencia de los recursos nacionales, que son las que tienen potencial para desarrollar los recursos propios a un nivel muy superior al presente. Ni siquiera se necesitaría, en rigor, el acuerdo del Gobierno Nacional —aunque resultaría conveniente— porque las “provincias grandes” tienen sus instrumentos y suficiente capacidad de gestión, con una coordinación adecuada entre ellas, para potenciar sus recursos tributarios y recuperar al menos parte del retroceso histórico que han sufrido.

Existen, entonces, caminos transitables que pueden recorrerse sin reformar la ley de coparticipación; no porque no fuese necesario, sino por las dificultades hoy existentes para intentarlo. Hay potencial para encarar

reformas transitorias, con vigencia hasta que estén dadas las condiciones para efectuar una transformación más profunda y de largo plazo. No es un camino fácil, pero se puede intentar porque para recorrerlo no se necesitaría la sanción de una "ley-convenio". Estamos hablando de un conjunto de reformas de menor nivel cuya implementación, supuesto un acuerdo político, sería viable. De esta manera se abriría un camino —más provechoso en el caso de las "provincias grandes", al menos en una primera etapa para el ejercicio efectivo de las facultades tributarias propias— para comenzar a corregir las situaciones fiscales provinciales de "infratributación". Para ello se requiere de voluntad política y liderazgo en las "provincias grandes" y de inclinación al cambio, tomando los riesgos necesarios, tanto en sus gobernantes como en la Administración Nacional.

A través de la educación, hay coincidencia generalizada acerca de esto, que debe asegurarse el futuro. La gestión de la educación básica está en manos subnacionales y su futuro no está aún asegurado, a pesar de las normas sancionadas en los últimos años y de las "buenas intenciones" universalmente manifestadas. Hemos vuelto, en los últimos años, a las perdidas de días de clases características de la época de la "hiper-recesión", y este es el mejor síntoma de que no se está asegurando —de modo efectivo— la igualdad de oportunidades del futuro ni la posibilidad cierta de competir en la "sociedad del conocimiento", objetivos que no pueden lograrse sino por medio de un mejor y más extendido esfuerzo educativo (condición necesaria, aunque no suficiente, para ello).

Las reformas de las que estamos hablando son para concretar estos cambios esenciales que deben motorizarse lo antes posible.

3 | Un futuro global e incierto para el Estado-Nación

Para complicar el panorama que enfrenta nuestro Estado-Nación, desde los años 70 se ha acelerado un proceso de globalización económico-financiera que tiene como una de sus notas destacadas la creciente deslocalización de los capitales de las grandes empresas —dominante multinacionales— y de los denominados "ricos globales". Estos poderosos actores logran, con creciente eficacia, eludir sus obligaciones de cara a los fiscos nacionales y "fugar" capitales que se sustraen a las necesidades de la acumulación na-

cional y tienden a generar sociedades crecientemente desiguales, con el auxilio de una red global de “guardias fiscales” —también llamadas “jurisdicciones del secreto” y, de modo incorrecto, “paraísos fiscales”— y una muy extendida trama de “facilitadores” (“enablers”, en inglés) que incluyen a los bancos globales, las más grandes sociedades de asesoramiento contable y consultoría, poderosos estudios de abogados y un amplio conjunto de prestadores de servicios a esos poderosos agentes económicos dispuestos a burlar las leyes nacionales.

Estos procesos han debilitado enormemente a los Estados-Nación, no solo en el campo fiscal aunque sí notablemente en materia tributaria, sin que los mismos hayan podido —hasta el momento— hacer frente con eficacia a este desafío que, cada vez más claramente, requiere no solo de una fuerte coordinación multinacional sino también, casi con seguridad, del establecimiento de nuevas reglas y poderes de gestión de alcance global, hoy inexistentes.

Algunas observaciones sobre el Digesto Jurídico Argentino

por **ANTONIO A. MARTINO⁽¹⁾**

I | Introducción

La aprobación por parte del Senado de la Nación del Digesto Jurídico Argentino es un hecho relevante en la historia de los 16 años de tratamiento del tema. La historia de este Digesto comienza en 1998, con la sanción de la ley 24.967.

Argentina es el primer país que hace una cirugía mayor en su plexo legislativo y desbroza la paja del trigo en modo científico y siguiendo los pasos que una ley le ha dictado. El resultado es espectacular: de las 32.000 leyes (y decretos de necesidad y urgencia) creados entre 1852 y nuestros días, quedan en vigor solamente 3351 leyes, producto del trabajo exhaustivo y extendido en el tiempo y de un acto de imperio de los dos órganos con poder legislativo: el Congreso y el Ejecutivo.

Argentina es el primer país que ha afrontado la tarea de descontaminar y simplificar su orden jurídico histórico en una manera científicamente sostenida y con los medios que actualmente la tecnología puede dar.

.....

(1) Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesor de la Universidad de Lanús. Ex profesor de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Pisa, Italia. Profesor emérito de la Universidad del Salvador. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Se dice que un sistema jurídico está contaminado cuando ha crecido desmesuradamente y no hay forma de eliminar los residuos (normas abrogadas).⁽²⁾

La tarea de realizar un digesto necesita tres elementos fundamentales: primero, del nivel académico de los que se ocupan del tema; segundo, de la sensibilidad de los políticos en aceptar las soluciones más idóneas de la academia aplicadas al contexto jurídico local; y, tercero, de la continuidad de esa política en el tiempo.

En Argentina puede decirse que se están dando las tres condiciones: una Academia avanzada en materia de ciencia de la legislación; políticos que han aceptado las mejores ideas para el contexto nacional; y la continuidad en el tiempo, ya que se comienza con la ley 24.967 y se llega, después de 16 años, a la sanción por parte del Congreso del Digesto Jurídico Argentino.

La academia argentina se ha caracterizado por dar preminencia a los estudios lógico-informáticos de la legislación. Un orden legislativo es un sistema axiomático en el cual los postulados son las normas y las consecuencias son las soluciones que el sistema legislativo da para todos los casos reales o hipotéticos que se puedan plantear.

La primera condición del orden legislativo como sistema axiomático es, justamente, la de no contradicción pues, de verificarse, cualquier solución posible podría obtenerse de él. De hecho, la existencia del principio "*lex posterior derogat prior*" no significa que toda ley posterior deroga a todas las anteriores, sino que deroga a aquella parte del sistema, esto es, a aquella parte de las normas anteriores que hacen nacer una solución legislativa que es incompatible con las soluciones legislativas que emanan de la nueva norma.

La sensibilidad de los políticos a los logros de la Academia puede verificarse tanto en el dictado de la Ley del Digesto Jurídico Argentino como en todos los pasos posteriores hasta llegar a la sanción definitiva.

(2) MARTINO, ANTONIO A., "La contaminación legislativa", en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas* 1977, Colegio de Abogados de Barcelona, 1977, pp. 47/63; "La contaminazione legislativa nell'ordinamento inquinato", en *Studi Parlamentari e di politica Costituzionale*, X (38), Roma, 1977.

Y lo que es muy importante, se verifica una continuidad en la acción política que se justifica en estos 16 años de persistente trabajo y que tiene un final feliz, independientemente de los avatares políticos a los que llevaron un alto número de presidentes y renovaciones sustanciales en la composición del Congreso.

2 | El problema teórico de la contaminación legislativa

El problema teórico que plantean todos los ordenamientos jurídicos nacionales puede resumirse diciendo que, siendo un sistema, el jurídico participa de todas las propiedades de los sistemas formales: coherencia, completitud y elegancia (o no redundancia). Además de coherencia, los sistemas legislativos, como todos los sistemas axiomáticos o deductivos, tratan de respetar la condición de la decidibilidad y la de la completitud, a punto tal de que existen normas de segundo nivel llamadas “normas de clausura” para cerrar los sistemas.⁽³⁾

La independencia de los axiomas y su consecuencia, la economía del sistema, es tal vez la menos conocida de las propiedades de los sistemas axiomáticos, pero no por eso la menos importante. Sobre todo es clara la relación que tiene la independencia de los postulados con la demostración por el absurdo: el fracaso de una revierte el éxito de la otra, así como tratando vanamente de demostrar por absurdo el postulado de las paralelas en Euclides, se llegaron a construir las primeras geometrías no euclidianas, justamente por la independencia del postulado.⁽⁴⁾

(3) En el derecho privado el principio “todo lo que no está prohibido está permitido” es una típica regla de clausura de tal manera que todo lo que el legislador no previó queda permitido. En el derecho público administrativo la regla de clausura es prácticamente la contraria: “para el órgano administrativo, todo aquello que no está expresamente facultado o permitido, está prohibido”.

(4) Es conocido el hecho de que el postulado 5 de Euclides—por un punto exterior a una recta pasa una sola perpendicular—provocaba la consecuencia del teorema 29—si los puntos son dos, las perpendiculares son entre sí paralelas—. Ya Gerolamo Saccheri en el Medioevo había tratado de falsificar el enunciado 12 sustituyéndolo por otro y las conclusiones obtenidas le parecieron absurdas. No obstante, la insistencia de otros estudiosos llevó a Lobachenski a aceptar un sistema geométrico con un postulado 12 prácticamente contrario al de Euclides—por un punto exterior a una recta pasan infinitas perpendiculares—. Nacía así la geometría no euclídea. Del mismo modo, pero en forma deliberada, procedió Hilbert para establecer la independencia del postulado de Arquímedes.

Los sistemas jurídicos son sistemas de normas en los cuales la función de la independencia de las normas garantizaría que no hubiese repeticiones inútiles y posibles contradicciones. Pero, normalmente, el sistema jurídico no es visto como un sistema formal y, en general, el creador de una norma está pensando en la norma que crea, casi como una variable independiente, en vez de pensar en que lo que está haciendo es modificar el orden jurídico en vigor.

Dicho rápidamente, el principal problema de los sistemas jurídicos nacionales consiste en el hecho de que son una acumulación de leyes durante mucho tiempo, donde es fácil indicar una norma creada pues está acompañada de ritos formales que la hacen inmediatamente reconocible. Lo que no resulta sencillo de determinar es qué normas han sido derogadas explícita o tácitamente y, dado que el sistema jurídico en vigor es el resultado de restar a las leyes creadas las derogadas expresa o implícitamente, y dado que no sabemos cuáles son las leyes derogadas, **no sabemos cuál es el orden jurídico en vigor**.

A este problema teórico se lo conoce con varios nombres, los más populares son “inflación legislativa” y “contaminación legislativa”. El primero es un concepto que viene de la tradición económica; es fácil pero engañoso, pues puede haber muchas normas y no ser un orden contaminado o, al revés, pocas leyes pero ser un sistema jurídico contaminado.⁽⁵⁾

El defecto más grave que tienen los sistemas jurídicos modernos es que son el resultado de una acumulación añosa y, por lo tanto, se sabe las normas que fueron creadas pero no las que fueron abrogadas, y como el derecho en vigor es la sustracción de las segundas a las primeras, no se sabe cuál es el derecho vigente. Para ello es necesario saber cuál es el mapa general de todo el derecho y los criterios que se van a utilizar para simplificarlo, y contar con un grupo grande de especialistas en varias disciplinas que están

(5) MARTINO, ANTONIO A., “La contaminación legislativa se produce, como la ambiental, frente a un crecimiento incontrolado de la legislación y la imposibilidad de eliminar las escorias (normas abrogadas)”, en *La contaminación legislativa. Revista de Sociología y Psicología Jurídicas*, Barcelona, 1977; MARTINO, ANTONIO A., “La progettazione legislativa nell’ordinamento inquinato”, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, año X, 1977, nº 38; pp. 1/21, Roma, 1977; WALTER, CHARLES (ed.), “Why an automated analysis of legislation?”, en *Computing Power and Legal Reasoning*, St. Paul, West Publishing Company, 1985, pp. 413/466.

involucradas en la tarea. El desarrollo de la lógica normativa,⁽⁶⁾ de la teoría general de sistemas⁽⁷⁾ y de la acción racional⁽⁸⁾ ha generado una conciencia de las políticas públicas que supera las etapas del férreo dirigismo para un desarrollo sostenible.

Siendo un problema universal, existen variadas formas de compilar y se ha desplegado una bibliografía mundial en materia de "textos únicos" o compilaciones.

La tarea del digesto es poner orden en la legislación a fin de dejar en claro la que está en vigor y la que no. En otras palabras, identificar la sanción, promulgación y aun la publicación de todas las leyes creadas, debiendo suprimirse aquellas que fueron derogadas. El derecho en vigor no es más que eso: el subconjunto que resulta de sustraer a todas las leyes creadas todas las que fueron derogadas. Si no se sabe cuáles han sido derogadas, no se sabe cuáles están en vigor.

La solución al problema es simple: habría que buscar todas las leyes que contienen derogaciones de otras leyes y excluirlas del orden jurídico. Esto, sin embargo, que sería la gloria de los estudiantes de derecho, jueces y abogados, no es suficiente. En el derecho existe lo que se llama "derogación tácita", una norma es derogada: 1) porque otra ley establece una solución contraria para el mismo supuesto jurídico y es posterior; 2) porque otra ley contradice una ley anterior y es especial —y esto independiente- mente de que el legislador incautamente se tome el trabajo de decir "se derogan todas las leyes que se oponen a la presente" simplemente porque en derecho rigen dos principios latinos: "Lex posterior derogat prior. Lex specialis derogat generalis"; 3) porque hay expresiones legislativas que tienen la forma de ley pero no son tales pues les falta generalidad y abstracción; 4) porque hay leyes obsoletas o cuyo objeto se ha cumplido; 5) porque hay leyes que fueron refundidas en otras.

(6) VON WRIGHT, G. H., "Deontic logic", *Mind*, New Series, vol. 60, n° 237, Jan 1951, pp 1/15.

(7) LUDWIG VON BERTALANFFY reconoce que la Teoría General de Sistemas comprende un conjunto de enfoques que difieren en estilo y propósito, entre las cuales se encuentra la Teoría de Conjuntos (Mesarovic), la Teoría de las Redes (Rapoport), la Cibernética (Wiener), la Teoría de la Información (Shannon y Weaver), la Teoría de los Autómatas (Turing), la Teoría de los Juegos (von Neumann).

(8) ARROW, KENNETH, *Social Choice and individuals values*, Yale University Press, 1951.

La manera argentina de enfrentar el problema ha consistido en practicar una cirugía mayor (descartar todo lo que no estuviera absolutamente viable) con espíritu compilatorio, de forma tal de que lo que quede en vigor sea un conjunto ordenado, clasificado y rápidamente consultable.

La República Argentina tiene el raro privilegio de haber enfocado el tema de manera general. No se trata de solo un caso: grandes juristas argentinos han descollado en esta temática, desde Alfredo Colmo en *Técnica Legislativa*, en la Argentina se ha desarrollado una de las escuelas de lógica normativa más conocida en el mundo.⁽⁹⁾ Asimismo, el desarrollo de la informática jurídica permitió fundar en 1981 el SAIJ,⁽¹⁰⁾ y existen centros de estudios especiales de la legislación. Lo importante, honor a los políticos, acaeció en 1998, año en que se dictó la ley 24.967, que estableció los pasos y criterios por los cuales se puso en marcha el Digesto Jurídico Argentino. La ley 24.967 estableció el reordenamiento de toda la legislación argentina. Para ello, fue necesario utilizar un criterio uniforme para renumerar y reordenar las leyes precedentes y mantenerlo en la redacción de las leyes futuras.

3 | Las soluciones posibles

A partir de la segunda mitad de siglo pasado, comenzaron a presentarse estos problemas de indeterminación del orden jurídico en vigor, primero en los países más adelantados, luego, paulatinamente, en todos los demás, a punto tal que se creó una asociación de ciencia de la legislación primero europea y, actualmente, mundial.⁽¹¹⁾

La creación de órganos técnicos de auxilio al legislador se fue imponiendo en todos los países comenzando por Canadá, que creó una Comisión experta en redacción de leyes en el sistema angloamericano (*Statutory Law*) y en el sistema jurídico europeo continental dado que

(9) Baste nombrar la ya clásica obra de ALCHOURRON C. E.; BULYGEN E., *Normative Systems*, Springer, Wien, 1971.

(10) El Sistema Argentino de Información Jurídica fue creado en 1981. Actualmente, con el nombre de Infojus y bajo la dirección de la Subsecretaría de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cumple una labor extraordinaria de difusión de todas las fuentes del derecho argentino, y publica textos y revistas de gran valor doctrinario, como a presente, en la que aparece este artículo.

(11) [En línea] <http://www.ial-online.org>

Canadá posee ambos. La misma fue integrada por 15 redactores francófonos y 15 anglófonos encargados de redactar las leyes que proponían los legisladores.⁽¹²⁾

Comenzaron, también, a crearse guías o manuales para redactar la ley. Esto se verifica en las dos grandes culturas jurídicas: la anglo-americana del *common law* y la europeo-continental. La primera, con su tradición de Comisión para la redacción de las leyes, entre 1973 y 1975, produjo un estudio conocido con el nombre del titular de la Comisión nombrada por el gobierno inglés bajo dictado de la Cámara de los Comunes: el *Renton Report*, que lleva como título *La preparación de las leyes*.⁽¹³⁾ En la cultura alemana del derecho europeo continental fue consolidándose una disciplina que podemos denominar “ciencia de la legislación”, en alemán *Leher von der Gesetzestechnik* o *Rechtssetzungstechnik* dentro de la *Rechtssetzungswissenschaft*.

Hoy existe una nutrida bibliografía sobre el tema. Pueden citarse dos autores clásicos del mundo angloamericano del *Statutory Law*: la obra de G. C. Thomtom, *Legislative Drafting*, Butterworth's (London, 4^a ed., 1996) y, para el mundo europeo continental, el libro de D. Remy, *L'art de faire les lois* (París, Romillat, 1994).

La recomendación de la OCDE en materia de cómo obtener un sistema jurídico ordenado fue determinante. Ya en una célebre resolución del 25 de marzo de 1995,⁽¹⁴⁾ la OCED previno a los países solicitantes de créditos que estos estarían subordinados, en el futuro, a que tengan la legislación en orden. Y dispuso, además, que dicho orden consiste en diez proposiciones que conforman del esqueleto de cualquier *checklist*. Lo curioso es que el impulso provino de los economistas que descubrieron que la economía no es “una variable independiente” y que depende, justamente, de la estabilidad jurídica —condicionada, a su vez, por la estabilidad política—.

(12) Los legisladores canadienses no pueden redactar directamente un proyecto de ley cuando se trata de disponer de fondos públicos, sino que necesitan pasar por esta Comisión redactora.

(13) DAVID LOCKHART-MURE RENTON, *Renton Report. The Preparation of Legislation*, Londres, 1975.

(14) OECD, “Recommendation of the Council of the OECD, Appendix 1: The OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making, 25/03/1995.

Los esfuerzos que en muchos países se están realizando para racionalizar la legislación, obviamente en búsqueda de ese oasis legislativo que es la legislación en vigor,⁽¹⁵⁾ deben ser vistos en este marco.

Resulta siempre importante la creación de un inventario de normas creadas y otro de derogadas ya sea expresa o tácitamente. La idea, obviamente, surge de la economía y, más precisamente, de cómo los economistas fijan el patrimonio de una empresa en un determinado momento con un inventario. Pero el enorme número de textos a seguir hacían de la idea una propuesta meramente solo teórica. Solo el uso de medios informáticos transformó esta posibilidad teórica en una probabilidad práctica.

Las soluciones posibles comienzan siempre con un inventario de las normas existentes para determinar cuáles están en vigor y cuáles no, llámese textos únicos, consolidación o digesto.

La codificación constituye un método completo de legislación. Nada mejor a este propósito que los *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*⁽¹⁶⁾ o los relativos al Código Civil alemán (BGB).⁽¹⁷⁾

Así como la codificación constituye un magnífico método de legislación ordenada, los digestos, en cuanto consolidan la legislación de una materia, pueden servir como trampolín para las codificaciones futuras ya que contienen la legislación de cada disciplina determinada.

No obstante la diversidad cultural, los conceptos sobre la simplificación legislativa son, en general, razonablemente aceptados en torno a la definición del glosario de la Unión Europea: "La simplificación legislativa se propone aligerar los instrumentos legislativos mediante la rigurosa aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, objetivo al que

(15) Por ejemplo en Italia, los gobiernos precedentes trataron de fomentar la creación de textos únicos. Durante el Gobierno Berlusconi se creó el Ministerio de la Simplificación Legislativa dirigido por un político de mala reputación, Roberto Calderoli, por ser el autor de la pésima ley electoral ridiculizada por Sartori como "*matarellum*". Esta Comisión hizo esfuerzos notables para la simplificación, con resultados muy discutibles que trataremos más adelante.

(16) Paris, 1936.

(17) KINDERMANN, HARALD, *Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 1979.

contribuyen de manera especial la refundición, la codificación y la consolidación de los textos legislativos”.

Obviamente, la simplificación legislativa está ligada a dos de los instrumentos más conocidos para obtenerla, que son la refundición y la codificación con su correspondiente consolidación. La refundición es la versión española de lo que en otros países se conoce como texto único.

“La refundición de los textos legislativos es la aprobación de un nuevo acto jurídico que, con ocasión de una nueva modificación introducida en un acto básico, al incorporar dicha modificación en el básico, lo deroga. Contrariamente a la codificación, lleva modificaciones de fondo. También permite proporcionar una visión de conjunto de una materia legislativa. El nuevo acto jurídico se publica en el Diario Oficial”.

En verdad, la noción de refundición viene de la Unión Europea, donde mientras se está por modificar una regla en particular perteneciente a un texto normativo, otras partes ya han sufrido cambios por lo que resulta conveniente que aparezcan ambas contemporáneamente.

“La codificación constitutiva u oficial corresponde a la aprobación de un nuevo acto jurídico, publicado en el Diario Oficial (serie L), que integra y deroga los actos que son objeto de la codificación (acto/s básico/s + actos de modificación) sin cambiar la sustancia de los mismos. La codificación puede ser: Vertical: el nuevo acto jurídico integra en uno solo el básico y aquellos que lo modifican. Horizontal: el nuevo acto jurídico integra en uno solo varios actos básicos paralelos, pero relativos a una misma materia, así como sus modificaciones”.⁽¹⁸⁾

“Texto único” es una denominación de uso común en Italia, pero no utilizada en nuestro país. En Francia se usa únicamente el término “Code” para indicar ya sea lo que nosotros denominamos “Código”, cuanto para designar lo que los italianos llaman “texto único”. En cambio, es común el uso de la denominación “codificación” en castellano, y “codification” en francés, para identificar el proceso de formación de un “Código” o “Code”.

(18) Glosario de la Unión Europea.

En el derecho inglés las palabras “*Codification*” y la palabra “*Consolidation*” poseen significados netamente diferenciados. *Codification*, de raro uso, es de carácter más bien general e implicaría una reforma sustancial del derecho que comprende tanto el *common law* como el derecho consuetudinario. El término *Consolidation*, en cambio, se refiere y aplica solamente al *statute law*, al derecho legislativo, y consistiría en la recopilación, coordinación y sistematización formal de las leyes vigentes sin efectuarles modificaciones sustanciales.⁽¹⁹⁾

Entre las visiones clásica y nueva del glosario europeo existe verdadera disputa respecto a la consolidación.

En la literatura angloamericana y en gran parte de la latinoamericana, la expresión **consolidación** apunta a una cirugía mayor en la legislación que consiste en revisar todas las leyes para descubrir cuáles son obsoletas, cuáles tienen su objeto cumplido, cuáles no son leyes en el sentido de generales y cuáles están, expresa y tácitamente, derogadas por normas posteriores. Esta tarea requiere una actividad extraordinaria y generalmente está garantizada por un grupo de reglas que los estudiosos formulan a fin de que mejore la calidad legislativa en el futuro, pero que se hace indispensable, también, para seguir criterios uniformes en la consolidación y reciben el nombre de manuales.

La consolidación puede ser hecha por el Estado o por un particular. Lo importante es saber si al final de la labor de separación de la paja del trigo, las leyes efectivamente vigentes, que son un número ífimo con respecto a las creadas, serán adoptadas como criterio de “legislación en vigor” por la autoridad normativa correspondiente: parlamento supranacional, congreso nacional, legislatura regional o provincial u autoridad municipal. Si no tiene el *imprimatur* político de una decisión autoritativa legislativa, será un mero trabajo científico que puede ser usado y citado, pero que carece de la fuerza imperativa para ser legislación en vigor.

Vale decir que la consolidación en esta tradición de pensamiento comprende varias acciones: la principal es dar sistematicidad al cuerpo legislativo sin cambiar las normas; la segunda es dar claridad a las expresiones lingüísticas corrigiendo errores del pasado; la tercera, y más importante,

(19) BRENNA, RAMON, “Tesis del Máster en Ciencia de la Legislación”, Universidad de Pisa, p. 19.

es eliminar todas aquellas leyes o partes de leyes que quedaron obsoletas, con plazo vencido, objeto cumplido o derogadas en forma explícita o implícita por leyes posteriores. La cuarta es dejar como "derecho en vigor" solo aquellas que han superado la tercera.

En la terminología de la Unión Europea,

"La consolidación de los textos legislativos corresponde a una simplificación puramente declaratoria y oficiosa de actos jurídicos. La inclusión de las distintas modificaciones en el acto básico no supone la aprobación de un nuevo acto. Se trata sencillamente de una clarificación que la Comisión lleva a cabo. El texto resultante no produce efectos jurídicos y puede publicarse, en su caso, en el Diario Oficial (serie C), sin vistos ni considerandos".⁽²⁰⁾

Aclarados los puntos terminológicos, es necesario agregar que también en la Unión Europea sus integrantes se plantean con empeño la tarea de simplificar en el sentido que nosotros atribuimos a consolidar.

Así, por ejemplo, el 5 de junio de 2002, la Comisión publicó el plan de acción "legislar mejor" y se comprometió a "legislar menos pero mejor". El Consejo de Ministros está actualmente instaurando un nuevo Grupo de Trabajo encargado de aplicarlo.

En paralelo a esta iniciativa, la Convención sobre el futuro de la Unión Europea con respecto a la reforma institucional, establecida a raíz de la Declaración de Laeken, dispone de un grupo de trabajo dedicado a la "simplificación de los instrumentos y procedimientos". Estos miembros ya atrajeron la atención de la Convención sobre la necesidad de intensificar los esfuerzos para refundir y codificar el derecho comunitario y sobre la necesidad de mejorar la redacción de la legislación, en cuanto a la claridad del lenguaje y la coherencia con la legislación ya existente.

El tema es sumamente complejo y amplio; queremos dar un breve panorama comparado, tratando algunos casos que conocemos bien, sin pretensiones de completitud, sino solo como un primer ensayo para agregar otros sobre esta rica problemática.

(20) Glosario de la Unión Europea.

La solución del digesto, como ha sido encarada en Argentina, constituye una consolidación⁽²¹⁾ fruto de una cirugía mayor realizada en todo el orden jurídico; de allí su complejidad, su dificultad, pero también su completitud.

4 | La solución argentina

La solución argentina, como dijimos, es de consolidación con cirugía mayor en todo el ordenamiento. Así lo estableció la ley 24.967 en sus objetivos. La misma, en su art. 6º, indica la técnica a utilizar:

- a. Recopilación: abarca la clasificación, depuración, inventario y armonización de la legislación vigente y la elaboración de un índice temático ordenado por categorías.
- b. Unificación: importa la refundición en un solo texto legal o reglamentario de normas análogas o similares sobre una misma materia.
- c. Ordenación: traduce la aprobación de textos ordenados, compatibilizados, en materias varias veces reguladas y/o modificadas parcialmente.

Establece además, en su art. 7º, las 26 categorías o materias que van a constituir el Digesto:

“Categorías. Las leyes y reglamentos que integren el Digesto Jurídico Argentino se identificarán por su categoría con la letra correspondiente, que individualizarán la rama de la ciencia del Derecho a la que corresponde, a saber: a) Administrativo; b) Aduanero; c) Aeronáutico - Espacial; d) Bancario, Monetario y Financiero; e) Civil; f) Comercial; g) Comunitario; h) Constitucional; i) de la Comunicación; j) Diplomático y Consular; k) Económico; l) Impositivo; m) Industrial; n) Internacional Privado; o) Internacional Público; p) Laboral; q) Medio Ambiente; r) Militar; s) Penal; t) Político; u) Procesal Civil y Comercial; v) Procesal Penal; w) Público Provincial y Municipal; x) Recursos Naturales; y) Seguridad Social; z) Transporte y Seguros”.

Esta disposición, como era de esperar, ha suscitado muchas críticas y discusiones, a punto tal que la Comisión Bicameral subdividió la categoría “A”

(21) Así lo establece el art. 2 la ley 24.967: “... El objetivo de esta ley es fijar los principios y el procedimiento para contar con un régimen de consolidación de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación, a través de la elaboración y aprobación del Digesto Jurídico Argentino”.

(Administrativo) para hacer más claras las pertenencias de las normas a una materia en particular, creando subcategorías.

El Ministerio de Justicia⁽²²⁾ hizo una licitación que fue ganada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La obra fue gigantesca, pues intentaba conformar dos partes: una primera con un Manual para saber cómo dictar (o reconocer) leyes, y otra con la revisión de las 32.000 expresiones normativas que en Argentina fueron creadas con fuerza de ley (leyes, tratados y decretos de necesidad y urgencia).

Se consideró importante crear un *Manual de Técnica Legislativa* cuyo objeto principal fuera la vocación de constituir un instrumento útil para el reordenamiento de las leyes existentes y, al mismo tiempo, para continuar con esta misma técnica en la redacción de leyes futuras. La composición de los miembros redactores fue internacional y multidisciplinaria.⁽²³⁾ El Manual fue entregado a fines de 1999 y consta de 27 definiciones, 71 reglas y una *check list*. Se trata de un documento electrónico pero puede presentarse con un formato papel.⁽²⁴⁾

La fase de revisión de las 32.000 expresiones legislativas estuvo a cargo de un grupo de trabajo de alto nivel de más de 200 personas entre las que se destacan juristas, lingüistas, informáticos, documentalistas, etc.⁽²⁵⁾ y constituyó la parte más difícil y pesada de todo el trabajo del Digesto.

También aquí se trató de crear un documento digital de grandes dimensiones que contuviera todas las normas en vigor, expurgado el universo de

(22) Art. 9º de la ley 24.967.

(23) Equipo de trabajo del Manual: Director: Prof. Antonio A. Martino; Analistas: Dr. Pietro Mercatali y Dr. Carlo Biagioli; Lingüistas: Dra. Manuela Sassi, Dr. Roberto Brocchini; Juristas: Dra. María Cristina Pagano y Dra. Silvia Pfarherr.

(24) Como tal, fue publicado por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en 1999.

(25) La revisión de todas las leyes y decretos reglamentarios ha sido la obra más fatigosa y realmente monumental hecha por personal especializado de juristas, lingüistas, informáticos, documentalistas que ha rondado la centena dirigidos todos por el Prof. Atilio Alterini (Director General) y compuesta por los Dres. Ramón Brenna (Director Técnico), Daniel Altmark (Coordinador Ejecutivo) y Horacio Álvarez (Director Académico). Para que este enorme engranaje pudiera funcionar, fue creada *ad hoc* una parte nueva del edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, gracias a la audacia y tesón de su entonces decano Dr. Andrés D'Alessio.

aquellas disposiciones: que no fueran técnicamente leyes, que hubiesen sido expresa o implícitamente derogadas por normas posteriores, que hubiesen entrado en desuso, que fueran claramente obsoletas o cuyo objeto se hallare cumplido. Por supuesto que hubo sorpresas: hay dos leyes número 1 de las cuales, afortunadamente, una fue derogada. Hay también leyes que llevan la denominación "y medio", por ejemplo, la ley 4738 "y medio". Asimismo, existen leyes secretas (lo que parece un oxímoron) y hay otras llamadas "ómnibus" que regulan varias de las ramas explicadas antes. Resolver los entreveros no fue fácil.

La monumental tarea duró hasta el año 2005, año en el que se entregó al Ministerio el trabajo realizado. A partir de entonces, se reflexionó sobre lo hecho y acerca de la forma de completar, hasta tiempos más recientes, la revisión. Con tal finalidad, fue nombrada por el Ministerio de Justicia una Comisión de Calificados juristas, presidida por Arístides H. M. Corti (decreto 1050/2011, emitido el 12/07/2011).⁽²⁶⁾ Realizada la actualización y los dictámenes por cada una de las 26 ramas del derecho, se llegó a la conclusión de que 11.868 disposiciones no podían ser consideradas leyes en el sentido de expresiones normativas⁽²⁷⁾ generales y abstractas, ya que por lo general se trataba de disposiciones atingentes a una persona o a un acontecimiento o hecho. Otras 1566 expresiones legislativas habían sido derogadas expresamente; 1381 implícitamente; 7317 habían caducado en su vigor por objeto cumplido; 827 habían perecido por vencimiento del plazo; y 99 habían caducado por fusión con otras normas, es decir un total de 11.900 expresiones normativas que pasaron a formar parte del acervo histórico jurídico. En resumidas cuentas, para esta Comisión, quedaron sólo 3134 leyes vigentes.

La Presidente de la República, Cristina Fernández de Kirchner, junto al Ministro de Justicia, Julio Alak, presentó el proyecto avalado por la Comisión en julio de 2011 para su tratamiento por una Comisión Bicameral, tal como había sido previsto por la ley 24.964, formada por cuatro diputados y cuatro senadores, presidida primero por el diputado Daniel Tomás y luego por el senador Aníbal Fernández.

(26) Es integrada por Rodand Arazi, Néstor Cafferatta, Javier de Luca, Germán González, Helios Guerrero, Claudia Madies, Eduardo Metehikian, Marcos Moisheff, Héctor P. Recalde, Jorge Rojas, Héctor A. Tuja y Juan A. Travieso.

(27) Uso "expresión normativa" y no "norma" pues esta es tal cuando ha sido interpretada. SCARPELLI, UBERTO, *Semantica giuridica*, Bologna, Il Mulino, p. 998.

Esta Comisión trabajó para dar un sentido unitario a tan vasto material, ayudada por especialistas en las 26 materias y por personal calificado de ambas Cámaras. El resultado fue que las leyes en vigor, aportando las sucesivas al 2010, son 3351 leyes. Y, en este sentido, se expidió la Comisión el 8 de mayo del 2013.

El procedimiento prevé que el proyecto así presentado por la Comisión Bicameral pase por las Cámaras del Congreso, como es de rigor, y a ello se debió la media sanción de diputados del 27 de noviembre de 2013. En el mes de abril del 2014, el Senado dio su aprobación, perfeccionando la sanción del Congreso.

Se espera un período de incertidumbre legislativa cuando ríjan solo las 3351 leyes del Digesto, pues la última revisión es de marzo de 2013. La Comisión Bicameral advirtió el problema y por eso anunció que, pasados los 180 días de la expedición de su dictamen, se transformaría en una Comisión Bicameral permanente para aggiornamientos sucesivos. El tema es insoslayable y resulta razonable que las consolidaciones se realicen de tiempo en tiempo y que una Comisión Bicameral incorpore y coloque en la categoría correspondiente a las leyes que se vayan creando.

En el ámbito provincial, y aun municipal, también se han realizado (o se están realizando) digestos. Entre los primeros podemos mencionar los casos de Río Negro, Chubut, Misiones, San Luis, Tucumán y, entre los segundos, los de Posadas, San Martín de los Andes, etc.

5 | En el derecho comparado

Siendo un tema tratado universalmente, varios países han intentado dar solución a la contaminación legislativa con metodologías diferentes derivadas del desarrollo local de los estudios y consonantes con el criterio de pertenencia a la cultura jurídica local de los intervinientes.

Como adelantáramos *supra*, la Unión Europea trató de simplificar y uniformar su legislación compleja y multilingüística. Pero, también han sentido la misma inquietud ámbitos más acotados como el de las provincias, Estados e, incluso, regiones más pequeñas como los municipios.

En los países del *common law* es necesario tener en cuenta que el único material para elaborar el digesto son los *statutory law*.

En general, puede decirse que los países de *common law* se han dedicado particularmente al análisis del lenguaje de las leyes y que existen verdaderos tratados aplicativos al respecto, por ejemplo la legislación del Estado de Tasmania en Nueva Zelanda. En muchos Estados de los Estados Unidos se utiliza un procedimiento automático para el cálculo de legibilidad de las leyes basado en una fórmula para el inglés inventada por Flech, que consiste en un conteo de las frases en un periodo y las palabras en cada frase. Por lo general, sirve para analizar textos ya escritos pero no para ser utilizada antes, pues se ha demostrado que los legisladores usan las reglas para obtener un buen resultado de la fórmula de Flech dejando tan oscura la comprensión como si no hubiese sido usada. Un caso especial lo constituye Canadá, donde los legisladores tienen la prohibición explícita de redactar personalmente los proyectos de leyes cuando impliquen algún gasto para el erario público. Deben pasar por una comisión de redactores compuesta por 15 anglófonos y 15 francófonos para que ellos redacten el proyecto en las dos lenguas oficiales del país.

En Alemania, el Bundestag y el Bundesrat aprobaron por mayoría de dos tercios la más importante reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El objetivo de la reforma era reducir el número de leyes que requieren el visto bueno de los Länder para agilizar los trabajos del Poder Legislativo y reordenar el reparto de competencias entre estos y la Federación. La decisión constitucional a favor del Estado federal fue tomada con la finalidad de contrarrestar el centralismo estatal. El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido de la Ley Fundamental. Esta revisión del federalismo, corrigiendo los defectos acumulados durante más de cincuenta años, ha sido posible por el consenso de los partidos que integran la Grosse Koalition (CDU/CSU-SPD).

El Estado federal se encontraba bloqueado por el continuo veto del Bundesrat (órgano constitucional de la Federación y no de los Länder). A pesar de las reformas constitucionales para reforzar los poderes del Estado, el poder de veto del Bundesrat alcanzó el 60% de la legislación federal hasta llegar al absoluto bloqueo de los últimos gobiernos de los cancilleres Kohl y Schröder. Como las elecciones de los Länder se van produciendo en años diferentes, a lo largo de una legislatura del Bundestag, los cambios de mayoría que se originan en los Parlamentos de los Länder alteran la composición del Bundesrat y condicionan la actividad legislativa de la mayoría que

tenga el Gobierno Federal. En el Bundesrat, los votos se emiten de forma uniforme y conjunta, pero sus miembros no tienen independencia porque deben seguir las instrucciones de los respectivos Gobiernos de los Länder.

La coalición de los dos partidos mayoritarios, liderada por la canciller Merkel, ha sido capaz de realizar esta importante reforma constitucional que fortaleció al Estado federal. Los Gobiernos de los Länder han cedido la posibilidad de vetar las propuestas legislativas por mayores competencias en ámbitos como el medio ambiente, educación o régimen de funcionarios en cuanto a la contratación y remuneración. La cesión de competencia en materia de educación en lugar de haber mantenido un sistema uniforme en toda Alemania ha sido especialmente criticada. Por otra parte, los Verdes temen que el medio ambiente, ícono de la política social alemana, quede relegado a un segundo plano.

Las numerosas reformas constitucionales se han realizado siempre sin poner en peligro la unidad del Estado, garantizada por la *Ewigkeitsgarantie*. No se permite ninguna modificación constitucional que afecte a la organización de la Federación en los Länder, al principio de participación de los mismos en la legislación, a la protección de la dignidad humana o a la propia estructura del Estado (arts. 1º, 20 y 79 LF). El *Bundestreuue*, o principio de lealtad federal, ha inspirado siempre a los partidos políticos en las reformas constitucionales. Por otra parte, la Ley Fundamental establece que son inconstitucionales los partidos políticos que tiendan a desvirtuar o a eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o pongan en peligro la existencia de la República Federal de Alemania (art. 21 LF).⁽²⁸⁾

En **España**, la Constitución debe reformarse para adecuarse a las nuevas realidades y desarrollarse en toda su extensión. Solo se ha modificado en una ocasión para adecuarse a las exigencias del derecho comunitario (art. 13.2 CE). Además, en la historia del constitucionalismo español, las constituciones no se han reformado sino que han sido sustituidas por otras de corte distinto a la anterior (constituciones de 1812, 1834, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931, 1978). Si, como en el caso alemán, es capaz de integrar la adecuación a las nuevas realidades con el mantenimiento de lo esencial sin poner en peligro la unidad y estructura del Estado y la protección de

(28) El Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales dos partidos políticos radicales en los años 50 (SRP en 1951; *BVerfGE* 2,1 ff y KPD en 1956, *BVerfGE* 5, 85 ff).

la dignidad humana, el sistema permitiría la reducción de las normas actualmente vigentes para ponerse a tono con los sistemas que, en tal sentido, van avanzando en el mundo. La próxima reforma de la Constitución, que se pide insistenteamente, debería hacer referencia a la construcción europea y a la de Hispanoamérica, al tratar el modelo territorial con una mención expresa a las comunidades autónomas (por orden alfabético como en Alemania, por orden geográfico —de norte a sur— como en Italia, o por orden cronológico —en cuanto a su constitución en comunidades autónomas— como en Suiza); lograr un equilibrio competencial entre el Estado y comunidades autónomas que logre, alcanzándose la máxima descentralización posible; y lograr reducir tanto las leyes nacionales como las autónomas. Inclusive, independientemente de la reforma constitucional, se podría adoptar un sistema muy parecido al argentino para enfrentar un verdadero digesto que descongestione la contaminación legislativa española.

Hay una fuerte presión a favor de la realización de digestos en las comunidades autónomas como la del País Vasco, la catalana y la de las Islas Baleares.

En Perú, la Cámara de Diputados también anunció una Comisión de Simplificación Legislativa, pero se presentó el difícil problema de encontrar documentación. En el portal del Congreso,⁽²⁹⁾ se encuentran los siguientes datos: a) se tiene constancia del trabajo realizado entre 1988 y 1989, donde se da cuenta de una cantidad de actividades realmente encomiables; b) la Comisión de Simplificación Legislativa y Reglamento del Congreso se instala el 6 de agosto de 1998 y, durante la primera legislatura 1998-1999, ha llevado a cabo un total de 15 sesiones ordinarias. Actualmente se sigue trabajando.

Se ha desarrollado un trabajo de permanente atención a la tarea de sistematización, comprometiendo no solo la localización y análisis de las leyes, sino también de las diferentes normas que tienen este mismo rango.

Esta tarea apunta a la progresiva identificación de las normas derogadas expresamente, así como de aquellas otras de incierta vigencia que ya hayan abandonado el contexto actual, debido a su efímero carácter particular o a su evidente obsolescencia.

(29) Portal del Congreso peruano: [en línea] www.congreso.gob.pe

Podemos resumir los objetivos obtenidos en la labor de sistematización en lo siguiente:

- a. se ha efectuado el control de calidad de todos los títulos de las normas contenidas en los anuarios y la revisión del texto de la norma, es decir, se ha comparado si dichos textos e imágenes coinciden con el texto original de la ley;
- b. desde el 11 de noviembre de 1998 se volvió a publicar en Internet el Sistema de Archivo Digital de la Legislación del Perú, que se encuentra al servicio de los usuarios nacionales y extranjeros;
- c. se han incorporado la totalidad de las fechas de dación, promulgación y publicación correspondientes de todas las leyes del Perú;
- d. se está llevando a cabo la identificación del Estado de las normas entre sí a fin de determinar las vigentes, derogadas y caducas. Se han analizado los siguientes períodos: desde el año 1904 a 1924: leyes 1° a 5167; desde 1955 a 1957: leyes 12.385 a 13.000. El resultado es un total de normas 6061 identificadas que se refieren a los siguientes asuntos: 1) indulto y amnistía, 2) ascensos militares y policías, 3) dispensa de práctica a bachilleres, 4) montepíos, 5) permisos, 6) nombramiento de vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos y obispos, 7) aspectos de demarcación territorial;
- e. la expansión del Sistema Archivo Digital de la Legislación Peruana, para el empleo de las Comisiones y oficinas administrativas del Palacio Legislativo, Complejo y Oficinas de Azángaro y Reyser, a través de la instalación de los programas de soporte como el Acrobat Reader, Internet Explorer 5.0 y Módulo de Consulta Rápida. También ha solicitado la inscripción y registro ante INDECOPI, del Sistema de Archivo Digital de Leyes del Perú, a nombre del Congreso de la República. Dicho trámite está a cargo de Oficialía Mayor.

La atención de las iniciativas para el mejoramiento del Reglamento del Congreso han merecido un tratamiento prioritario que se explica en la necesidad de efectuar los ajustes necesarios para una permanente dinámica del trabajo legislativo. Es así que, a través de los dictámenes de la Comisión, se han introducido útiles modificaciones al Reglamento del Congreso que han quedado finalmente incorporadas en el nuevo Texto Único Ordenado.⁽³⁰⁾

La situación en Italia es sumamente interesante por las iniciativas que se han tomado y le vamos a dedicar un amplio espacio. Si bien la cifra de 200.000 leyes que alguna vez se barajó es ridícula, las probables 36.000 que tiene son muchas, entreveradas y con pasajes de la monarquía a la

(30) [En línea] <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1998/simplificacion/informe.htm>

república junto con una dictadura de por medio. Cada país, cada cultura jurídica, afronta el tema de la manera que mejor cree y los italianos le han dado el nombre de “simplificación legislativa”, tomándolo de una primitiva ley de simplificación de los procedimientos administrativos que lleva el nombre de su proponente, el senador Bassanini.

Para comenzar, debe destacarse que se han dado dos leyes de simplificación. La primera fue la 229 del 2003 y la última 246 del 2005.⁽³¹⁾ Esta fue publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, poco después de la publicación de la Ley de Presupuesto para el 2006/2007 que contiene un solo artículo y 612 incisos. ¿Por qué? Porque la ley exige que, además de la aprobación en general, se vote artículo por artículo. De este modo, con una sola votación se liquida toda la ley, dando, eso sí, un pésimo ejemplo de redacción legislativa. O sea que el mismo legislador da leyes para la simplificación porque sabe que es imprescindible, pero no tiene empacho alguno en usar todas las mañas que conoce cuando le son útiles políticamente.

La ley es bastante compleja, pues en su primera parte se ocupa de un tema muy interesante pero muy desordenado en Italia: el AIR o Impacto de la Reglamentación. La OCDE ha lanzado un proyecto que se denomina Puma (*Public Administration*) y, dentro de él, un subproyecto sobre la calidad de la legislación, ponderada con criterios económicos que fijan objetivos y proyectan cómo se los va a alcanzar, y empleando una grilla dentro de la cual se desarrolla la medición de los parámetros establecidos para saber qué medir, cómo medirlo y cómo calcular la obtención de las finalidades propuestas. La preocupación por el aspecto cualitativo de la legislación ya ha sido adoptado y aplicado por 38 países, entre los cuales el último ha sido México. Los logros obtenidos en cada uno son compartidos por los demás.

En Italia el abordaje de esta problemática ha sido a través del art. 5º de la ley 50 de 1999. Pero aún se encuentra en estado experimental, a punto tal que las comisiones parlamentarias lo han utilizado solo dos veces en todos estos años. Lo importante del AIR, cuya consigna es “conocer para deliberar”, es introducir un criterio de conocimiento empírico en todas las formas de legislar, desde el orden nacional hasta el más estrictamente

(31) Es mal signo que haya dos leyes de simplificación: indica que la primera estaba mal hecha o bien que la segunda es innecesaria.

local. De hecho, es necesario reconocer que las Regiones⁽³²⁾ son aquellos lugares que mayormente se han ocupado de la aplicación del mismo.

El art. 14 de la ley 246 fue la última tentativa de dar actuación concreta a un instrumento acerca del cual se discute desde hace años y que siempre ha tenido un sentido más demostrativo que aplicativo. El instrumento es sin duda válido, pero mientras que los países anglosajones tienen ya vieja experiencia de aplicación, en Alemania y Francia hay todavía perplejidades, sobre todo para la aplicación del cálculo del impacto *ex ante* de la ley derivada, en principio, del costo de tal operación. Los alemanes han decidido que lo aplicarán solo a pocas y controvertidas leyes y los franceses parecen querer adoptar el mismo criterio.

Este último esfuerzo del legislador italiano merece una atención particular dado que por primera vez se ha recurrido a una disciplina con vocación general y, sobre todo, de rango primario. En el futuro se verán los resultados.

En base al art. 14, inc. c), número 1 de la ley comentada, el AIR consiste “en la evaluación preventiva de los efectos de hipótesis y de intervención normativa que recaen sobre las actividades de los ciudadanos y de las empresas y sobre la organización y funcionamiento de las Administraciones públicas mediante la comparación de opciones alternativas”.

El autor de esta nota es ampliamente favorable a la introducción del AIR en los estudios previos contemporáneos y sucesivos de la creación legislativa y, por esa razón, se puede encontrar en el *Manual del Digesto Argentino* una *check list*. Pero si se tiene en cuenta la definición recién reportada, ha de notarse que no es un buen ejemplo de “simplificación” sino un corolario importante pero separado: **una cosa es la simplificación y otra la calidad de la ley**. Además, existe un problema de costos pues esta ley establece el AIR para todas las normas primarias y secundarias. En Alemania se ha revelado que una correcta *Gesetzesfolgenabschätzung* cuesta entre 30 y 300.000 euros. Por eso es razonable hacer una distinción entre normas: algunas lo justifican, pero otras no. Italia ha seguido el criterio del art. 24 de la ley española 50 de 1997 que prevé la aplicación del AIR a todas las normas emanadas del Ejecutivo indiscriminadamente, pero en realidad los órganos administrativos y legislativos no la aplican,

(32) Comparables con nuestras provincias.

logrando un notable ahorro y una pésima visión del cumplimiento de la ley por el propio gobernante. Por esa razón hubiese sido mejor separar ambas cosas.

Volviendo al tema central de la simplificación, coordinando la ley actual con la anterior junto con los recorridos legislativos hasta el presente, se puede determinar una serie de fechas que para Italia fueron determinantes.

1. Diciembre de 2007: Conclusión del esquema completamiento del NIR. La sigla surge de la expresión “*norma in rete*” y es la respuesta técnica italiana a la pluralidad de bancos jurídicos en la península: 64 al momento de su nacimiento. Así, el NIR se propone como único portal jurídico italiano. En verdad, se trata de un meta sistema de bancos de datos, ya que no los elimina, sino que permite consultarlos con un único sistema de búsqueda. Además, NIR está sustentado en la elección de un software de marca de textos que permite una gran clasificación y la recuperación en base a criterios más bien laxos, como los que pueden aparecer en una clasificación. El sistema de software se llama XML y está basado en definiciones de tipos de documentos (la *Data Type Definition*).⁽³³⁾

Valiéndose de estos recursos —que sustancialmente confluyeron para formar el NIR—, actualmente el Gobierno se compromete a indicar a las Cámaras dentro de los dos años de entrada en vigor de la ley, las disposiciones estatales vigentes, evidenciando las incongruencias y las antinomias normativas.

2. Diciembre de 2009: Comienza a funcionar la norma “guillotina” de la cual hablaremos enseguida.
3. Diciembre de 2011: Fin del período de revisión de aquellos decretos emanados para confirmar o revisar todas aquellos que establezcan prórroga para las leyes guillotinadas, salvo los códigos, los textos únicos y las reformas realizadas por la Unión Europea.

La técnica de la ley “guillotina” funcionó del siguiente modo: todas las leyes que habían sido aprobadas antes de 1970 quedaron automáticamente abrogadas si no había una ley especial que les reconociera validez. Tal reconocimiento debía hacerse hasta el mes de diciembre del 2009.

La idea de fondo consistió en invertir la carga de la prueba en cuanto a la vigencia de la ley (y de otros actos con fuerza de ley): todas aquellas normas que fueron publicadas antes del 1º de enero de 1970, si el

(33) Una *check list* es simplemente el antecedente del AIR. Este último es mucho más completo y complejo.

legislador actual no les dio nueva validez, se consideran implícitamente abrogadas.

La ley excluye expresamente de esta abrogación a “las disposiciones del Código Civil, Penal, de Procedimiento Civil y Penal, en el código de Navegación (...) y en otro texto normativo que contenga en el epígrafe la indicación código o texto único”. Tampoco incluye casos relativos a obligaciones impuestas por normas comunitarias o en materia de previdencia o asistencia, lo cuales son constitucionalmente inderogables.

Tanto la primera ley de simplificación legislativa cuanto la actual 246/2005 no establecen la adopción de reglamentos de abrogación. Su centro parece estar constituido por los elementos de reordenación legislativa mediante los así llamados “códigos de sector”.⁽³⁴⁾

La primera ola de ordenación legislativa producida por la primera ley de simplificación produjo la reacción de la doctrina y del Consejo de Estado. Acogiendo una sugerencia del Consejo de Estado en sede consultiva, el art. 1º de la ley 246 permite expresamente al Gobierno (entendiendo por tal al Ejecutivo del Primer Ministro) completar el proceso de cada materia, siempre que pueda mantenerse en los límites establecidos por el art. 117 de la Constitución, inc. 2º: “... emanando aun contextualmente al decreto legislativo de reordenación una recolección orgánica de las normas reglamentarias que regulan la misma materia, si es el caso, adecuándolas a la nueva disciplina de nivel primario y simplificándolas”. Como puede intuirse, lo importante serán los códigos de sector: esta nueva ley introduce una letra importante en el inc. 3º del art. 20 de la ley 59 de 1997, una letra *a-bis*, en la que se autoriza al Gobierno a operar, a través de decretos legislativos que contienen los códigos de sector, con vistas al “coordinamiento formal y sustancial del texto de las disposiciones vigentes aportando las modificaciones necesarias para garantizar la coherencia jurídica, lógica y sistemática de la normativa y para adecuar, actualizar y simplificar el lenguaje normativo”.

Como puede apreciarse, la idea desarrollada antes que los digestos lleva a la conclusión de que la codificación no es antojadiza y se muestra ya en la práctica.

(34) Nótese que el título mismo de la ley es “Simplificación y Sistematización Normativa”.

Se trata de un elemento relevante, pues agrega a la coordinación formal, la sustancial. Como sostiene Lupo,⁽³⁵⁾

“el problema es no el tradicional en distinguir entre textos únicos (códigos) innovativos y textos únicos compilativos, sino el de ver si los ‘códigos de sector’ innovativos en sí mismos, son de algún modo distinguibles de los decretos legislativos que pueden llamarse de reforma o sea de los cuales se proceda a intervenciones de profunda revisión de la disciplina vigente, inspirados por lo tanto a principios bien diversos, cuando no opuestos, respecto a los cuales está formada la disciplina vigente”.

Es necesario agregar que los decretos gubernamentales deberán ser adoptados con un complejo procedimiento que prevé un dictamen vinculante de la Comisión Bicameral a la que se refiere el art. 14, inc. c), nº 19 que toma el lugar de aquella prevista por la ley 59 del 1997. Deben respetarse además, los principios tan numerosos como vagos indicados en el art. 14 inc. c), nº 14 y los del art. 20 de la ley 59 de 1997.⁽³⁶⁾

En Italia ha habido una reforma constitucional del Título V relativo a las relaciones entre el Estado nacional y las Regiones: sustancialmente se ha dado vuelta la relación entre ellos. Hasta la reforma, todo lo que no estaba expresamente delegado a las Regiones pertenecía al Estado nacional. A partir de ella, el principio es el contrario: las Regiones retienen todos los poderes legislativos que no hayan delegado expresamente al Estado Nacional. Pero una cosa es partir de Estados y unirlos en una Constitución federal y, otra, partir de un Estado unitario, con la novedad de las autonomías locales, pero aun sin una estructura jurídica robusta y clara.⁽³⁷⁾

(35) Parecer 2/2004 del 25 de octubre de 2004. LUPO, NICOLA, “Quando la legge si propone di semplificare ma, purtroppo non ci riesce. A proposito della legge 246 del 2005 (Legge di semplificazione 2005)”, en Rassegna Parlamentare, 1 de enero, Roma, Jovene editore, 2006.

(36) CUOCOLO, LORENZO, “Aspetti problematici della legge di semplificazione per il 2005”, [en línea] www.associazionedeicostituzionalisti.it

(37) Italia tiene una vieja e inveterada cultura unitaria que puede verificarse fácilmente en una institución napoleónica: los *prefetti*. En cada ciudad importante, el único funcionario que puede manejar las fuerzas de seguridad es justamente el *prefetto*, nombrado directamente por el Ministerio del Interior.

Ya la Corte Constitucional dijo que el art. 117 de la Constitución no puede ser interpretado simplemente delineando las competencias rígidamente del Estado nacional y de las Regiones. En general, la mayor parte de las leyes que se están dictando en estos momentos tienen que ver, por razones de naturaleza, con varios ámbitos de competencia estatal, tales como la tutela del ambiente y los niveles esenciales. Por su carácter transversal y su finalidad de tutela de instancia unitaria, pueden bien decidir sobre ámbitos de competencia regional. La misma distribución de las funciones administrativas en los diferentes niveles de gobierno puede influir (influir) sobre el reparto de las competencias legislativas.⁽³⁸⁾ Más criticable aun es el hecho de legislar de “a puchos”. Tener varias leyes sobre simplificación es algo muy distinto a tener una ley del digesto, como la ley 24.967. Podrá tener defectos, es obvio, pero son unívocos. Además, falta una autoridad central que establezca las ramas del derecho a las cuales debe ajustarse la legislación. En Argentina, esto tuvo como consecuencia que se introduzcan arbitrariamente 26 materias. Mientras este paso no se de, la legislación italiana quedará a merced de los excelentes juristas que son orgullo del país, cada uno experto y maestro en su disciplina. Pero ello no basta, es necesaria una visión conjunta que indique dónde comienza y dónde termina cada disciplina, y esto difícilmente se podrá lograr por consenso espontáneo.

Apenas comenzó a funcionar la “ley guillotina”, varios ministerios comenzaron a manifestar sus quejas pues, por ejemplo, el Ministerio del Exterior descubrió que debido a la abrogación de leyes que refrendaban importantes tratados, Italia no tenía más relaciones coordinadas con los principales países del mundo. Esto obligó a retroceder en las abrogaciones y comenzar a aplicar excepciones. Es el día de hoy que aún se trata de poner orden en la incertidumbre que se ha creado.

La simplificación italiana está fracasando porque se quisieron unir dos finalidades (simplificación y calidad de la ley) que son distintas y separadas. Y porque se hizo uso político.

Otros países como Nicaragua y Chile tratan de seguir el modelo argentino, realizando experiencias de digestos que deberán ser atendidos con cuidado.

(38) Además, se lo puede utilizar políticamente. Berlusconi creó un Ministerio para la Simplificación Legislativa y el Ministro Calderoli hacia gala de creatividad televisiva quemando en público textos de leyes que se suponía debían estar abrogadas.

6 | Conclusiones

La ciencia de la legislación viene afirmando la necesidad de revisar la legislación existente a fin de terminar con la contaminación reinante. Varias son las soluciones que se aplican y generalmente están vinculadas a la cultura jurídica de los países que la proponen y a la sensibilidad y continuidad en los objetivos de los políticos que deben llevarla a cabo.

La técnica de la consolidación de los textos que quedan en vigor (como se aplicó en el caso argentino en un 10%) aparece como la mejor de las soluciones pero también como una de las más difíciles de lograr, debido a su extensión y a la intención de comprender el orden legislativo en su conjunto. La ventaja notable es que el producto conforma un conjunto ordenado de normas relativas a cada una de las materias o categorías en que fue dividido el ordenamiento, de fácil consulta y muy adecuado a los nuevos procesos tecnológicos.

Lo que se abroga queda como parte del acervo histórico del derecho nacional, consultable cada vez que sea necesario y disponible para la comunidad jurídica.

La completitud y exhaustividad del seguimiento de cada texto normativo asegura la posibilidad de rastrearlo en un producto informático de gran ductilidad y extraordinaria precisión. Es posible individualizar el texto actualizado por el tipo de norma, el número, la fecha, el asiento, la rama del derecho en la que está incluido; verificar si hay particiones externas y, en el caso de que hubiere regencias externas, remontarse al texto original, etc. Este sistema implica un grado de precisión documentaria difícilmente alcanzado hasta el momento sobre partes o sectores del derecho en todo el mundo. Lo extraordinario del *Digesto Jurídico Argentino* es que este alcance se extiende a **todo** el derecho nacional entre leyes y decretos.

“La formulación de las normas jurídicas debe ser concisa y simple, y en cuanto posible en forma activa. Es necesario evitar toda palabra *superflua*”. Así comienzan las directivas para la redacción de las normas jurídicas austriacas.⁽³⁹⁾

(39) En *Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschriften (Legistische Richtlinien)*, Wien, 1979.

No basta la ley. Aprendimos que un sentido existe en un contexto⁽⁴⁰⁾ y el contexto está dado por el conjunto de creencias dominantes. Las creencias (aun en un mismo individuo) no son necesariamente coherentes pues provienen de distintas fuentes, a veces, incompatibles entre sí. ¡Imagínense en una sociedad! No basta la ley, por eso debe ser avara en palabras, concisa en sus términos, precisa en su forma, reducida en cantidad y, sobre todo, rápidamente cognoscible. Dadas sus funciones, la parte más importante de la ley es su capacidad de ser encontrada y, en consecuencia, el sujeto más importante es su usuario, quien la tiene que emplear. Desde este punto de vista, la legislación se torna un sistema informativo que debería presentar las características propias de los modernos sistemas informativos.

Con esto no eliminaremos la lucha por el poder, la interpretación de la ley, ni la función de jueces y administradores que la "aplican", pero sí habremos cambiado la óptica del creador por la del usuario. De este modo, el sistema jurídico puede ser visto como un enorme hipertexto donde cada texto tiene todas las referencias de los textos que cita (referencias activas) y, a su vez, figura en todos los textos que lo citan a él por su **nombre** (referencias pasivas).

La producción de textos jurídicos está, por lo general, estructurada conforme a esquemas predefinidos, en parte debido a la misma ley, en parte a la praxis y a la tradición.

Todos los textos jurídicos encuentran su propia justificación en otros textos y, a su vez, la dan a otros, y las propias consecuencias tienen que ver con esos textos superiores o inferiores (esto es debido a la noción de sistema, y más precisamente a la noción de sistema deductivo).⁽⁴¹⁾

Una de las ideas más arraigadas es la de hablar del "legislador" en singular. Hay una multitud de legisladores y, muchas veces, para un mismo texto. Un sistema hipertextual no solo permite la búsqueda coordinada,

(40) Con Wittgenstein aprendimos que no hay un texto sin un contexto y, con la experiencia legislativa, que no hay sentido sino en una cultura determinada.

(41) TARSKI, ALFRED, "The Concept of Truth in Formalized Language is plainly aware that he is concerned only with declarative sentences", en *Logic, Semantics and Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956. Ver también del mismo autor, "The Semantic Conception of Truth", en *Philosophy and Phenomenological Research*, 4, 1944, p. 341 ff.

sino también la creación coordinada, siempre que se tenga un modelo al cual hacer referencia.

Desde el punto de vista informativo, es posible introducir en un programa una **función de incorporación** de los textos citados y una **función de gestión coordinada y flexible** de las versiones del texto desarrollado por autores diferentes en tiempos diferentes. Es posible registrar y conectar la totalidad de las intervenciones de la formación de un texto de tal manera de reconstruir automáticamente las versiones sucesivas producidas por los diferentes autores.

De este modo, se puede dar una versión *aggiornata* del derecho en vigor sin perder la visión diacrónica. Esto es particularmente interesante en los textos modificatorios, dado que una modificación tiene un tiempo determinado por la propia creación de la norma (y/o su eventual caducidad o derogación). Empleando este programa, es posible ofrecer en todo momento un texto virtual que contenga solo las disposiciones vigentes en ese momento.⁽⁴²⁾

Se está realizando una obra ciclópea creando una ley específica (24.967) una Maestría en Ciencia de la Legislación para formar a los *drafters*, desde 1995, todas las actividades de los revisores de leyes que pasaron 7 presidentes, 11 ministros de Justicia y 200 profesionales altamente capacitados entre los que se destacan juristas, lingüistas, documentalistas, informáticos, entre otros. Como dice Julián Álvarez: "El digesto es la política de un derecho y un Estado inteligente".⁽⁴³⁾

El mundo del derecho tal como lo conocemos en la actualidad es, en gran medida, un mundo de documentación escrita. Hablar de derecho es, en cierto sentido, hablar de libros y publicaciones periódicas: boletines oficiales, códigos, repertorios, revistas jurídicas. Así pues, podríamos afirmar que el derecho se basa, principalmente, en la creación, almacenamiento, procesamiento y comunicación de la información.

(42) Referencias: explícitas e implícitas, internas y externas, con función normativa y con función informativa, activos y pasivos, formales y materiales, en *Manual de Técnica Legislativa del Digesto Jurídico Argentino*, op. cit.

(43) Título de un excelente trabajo en *Digesto Jurídico Argentino. Legislación del Bicentenario*, Bs. As., Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012.

El derecho requiere de un cierto grado de flexibilidad para adaptarse a los cambios, y de estabilidad para no producir inseguridad social. El grado de estabilidad y fijeza variarán según el tipo de sociedad de que se trate, pero la capacidad y velocidad de adaptación del derecho a los cambios dependerán en gran medida de los soportes y los medios de comunicación disponibles.

Los primeros años del presente siglo supondrán la consolidación del uso de las nuevas tecnologías de la información en todos los ámbitos y, por ende, en el mundo del derecho. Por tanto, es prioritaria la concienciación y sensibilización de los profesionales del derecho respecto de la necesidad de introducir y utilizar las nuevas tecnologías de la información en sus hábitos de trabajo, especialmente en lo referente a la captación y reutilización de la información jurídica.

La revolución de las nuevas tecnologías de la información es un hecho indiscutible dada su capacidad de penetración en todos los ámbitos y aspectos de la sociedad. Internet se ha convertido en una herramienta básica de comunicación y en la fuente de fuentes de información.⁽⁴⁴⁾

Hoy, el volumen de información a nuestro alcance se multiplica de forma exponencial, dejando al descubierto la necesidad de un "filtro" que nos permita obtener únicamente aquella relevante que responda de forma exhaustiva a nuestras necesidades informativas. En una era en la que el tiempo es el factor determinante de nuestra sociedad, y un factor clave para el mundo empresarial, no se puede concebir la demora que supone la necesidad de evaluar, organizar, descartar y seleccionar, de entre la enorme cantidad de información disponible, aquella que realmente requerimos.

El ámbito jurídico no queda fuera de esta tendencia y, así, a la par que crece la necesidad de información de abogados, jueces, documentalistas, periodistas, y del ciudadano en general, los medios para conseguirla aumentan. Internet ha posibilitado que la información jurídica sea considerablemente más accesible y que este acceso sea prácticamente

(44) MARTINO, ANTONIO A., "Presentation of a Bill for the Recognition of the Electronic Document", *The EDI Law Review*, Londres, 1994.

inmediato. Internet, a pesar del gran volumen de información que contiene, ha facilitado que esta sea difundida y accesible (gratuitamente o pagando), rompiendo las barreras de espacio y tiempo. El incremento de la accesibilidad a la documentación jurídica vino acompañado del aumento considerable del número de recursos disponibles para el tratamiento de dicha información.

La convergencia es la característica de esta nueva forma de comunicación que son las redes electrónicas. Una computadora toma decisiones sobre la base de los datos que tiene en su memoria; lo mismo hacen los nodos y los bancos de datos haciendo flexible el conjunto de los procesos de memorias análogos: todo es reducible a *bit* y, como lo había previsto magistralmente Leibniz,⁽⁴⁵⁾ la representación digital permite representar cualquier cosa solo con dos números (0 y 1), o cualquier otro par de elementos duales y contrapuestos (paso y no-paso de corriente). La diferencia radica en el hecho de que los primeros son "simbólicos" y los segundos "reales".

Si todo puede reducirse a una representación simbólica esencial, y luego transformársela en una acción física también esencial, una computadora puede dialogar con una agenda, con un avión, con un banco. La convergencia permite que usemos la computadora para escribir, leer, ver películas porque los *bits* son iguales para palabras, sonidos e imágenes, y para manejar la cocina, encender el hogar a distancia, etc.

Elementos como "teléfonos", "videos", "papeles", "discos", etc. son objetos moleculares de un mundo diferenciado antes de la convergencia. Con la convergencia se vuelven opcionales y es posible mantenerlos por razones de costos, de comodidad y de costumbre, pero en realidad son prescindibles: basta un procesador (muchos procesadores en red) y elementos moleculares para hacer oír, ver, escribir, registrar, enviar órdenes, etc.

(45) "Although this language depends on real philosophy, it does not depend on its perfection. That is to say: this language can be constructed even if the philosophy is not perfect. At the rate the science of man grows, so will such a language grow. In the meanwhile it will be of great help to use what we know, to see what is missing and to invent ways of getting there. But especially in eliminating controversies in subjects that depend on reasoning. So that then reasoning and calculating will be the same thing. Leibniz, comment on the letter from Descart to Mersenne".

Esta es la gran revolución del mundo digital: la posibilidad de reducir todo a elementos tan simples, como que pase o no la corriente durante una cantidad pequeña de tiempo a través de un cable y se grabe el contenido en una memoria magnética o en un disco óptico.

Toda la documentación del digesto está en formato electrónico, lo que hará mucho más fácil la búsqueda diacrónica, sincrónica y comparada de la legislación. Además, está preparada para los nuevos avances que en los próximos años tendrá la información jurídica en soporte electrónico, incluyendo los sistemas informativos ágiles, posiblemente en XML, sencillos de consultar desde cualquier parte del mundo. Una de las cosas importantes del mundo que está cambiando es justamente la producción de información. Nada hace creer que la producción legislativa deba quedar fuera de este cambio profundo. La instantaneidad de las acciones (no solo informaciones, pues cualquier sistema informativo permite producir cambios con oportunas reglas de producción, como los registros, por ejemplo) y la extraterritorialidad o dificultad de ubicación espacial de las acciones con relevancia jurídica son dos cambios substanciales en lo que Kant llamaba “categorías gnoseológicas trascendentales”, esto es, espacio y tiempo.

El ciberespacio plantea temas que no están limitados a la compra de electrodomésticos, sino que envuelven la mayor parte de las relaciones entre privados (a distancia); entre empresas y privados; entre empresas y la Administración Pública; entre esta última y los ciudadanos; entre las Administraciones Públicas entre sí.⁽⁴⁶⁾ Allí, el *Digesto Jurídico Argentino* cumplirá un papel destacado.

Una última observación contingente. Hay una reflexión importante para hacer: la aplicación de las únicas leyes en vigor será un problema de **cultura**, al que deberán acostumbrarse jueces, abogados y ciudadanos.

Además, sería conveniente que también los órganos competentes, legislativo y ejecutivo, se acomodaran a esta nueva cultura. Por empezar,

(46) A este respecto, ver programa IDA (Interchange of Data between Administrations), que tiene por objeto facilitar el desarrollo y la aplicación operativa de redes telemáticas transeuropeas de intercambios de datos entre las administraciones de los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europa, [en línea] http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/124147a_es.htm

tratando de no ceder a las imperativas del momento y haciendo leyes duraderas; segundo, tratando de ser parcisos; y, por último, tratando de aplicar el *Manual de Técnica Legislativa* para no volver a contaminar el universo normativo.

El Digesto Jurídico Argentino es una obra oportuna, hecha con la mejor tecnología y teoría disponibles, que ha logrado un primer éxito espectacular quitando el 90% de la legislación considerada obsoleta. Su efectividad y precisión se podrán evaluar en los próximos años, cuando los operadores jurídicos comiencen a utilizarlo. Es una obra viva y continua en el tiempo, más parecida a una película que a un fotograma, cuyos errores se podrán ir corrigiendo dentro de cada disciplina.

Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal

por LAURA MONTI⁽¹⁾

Varios requisitos se enumeran para la habilitación de la instancia contencioso administrativa, como la legitimación para iniciar el proceso, el cumplimiento del principio *solve et repete*, el agotamiento de la vía administrativa previa y el respeto de los plazos judiciales de caducidad para interponer demanda o recurso contra el Estado.

Nos centraremos en los últimos dos, prerrogativas procesales del Estado, porque son los que generan mayor cantidad de planteos judiciales; también respecto de cuya vigencia, en ocasiones, se afirma que conspiran contra el derecho a la tutela judicial efectiva —posición que no comparto—.

Respecto del agotamiento de la vía administrativa, su relevancia se advierte en que con el procedimiento administrativo impugnatorio o reclamatorio lo que se pretende, además de la debida tutela de los intereses particulares,⁽²⁾

.....

(1) Abogada (UBA). Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Magíster en Derecho y Economía, Universidad Torcuato di Tella. Docente de Derecho Administrativo en universidades públicas y privadas de la Argentina. Procuradora Fiscal ante la CSJN.

(2) Este trabajo consiste en la actualización del publicado en REGUEIRA, ENRIQUE (coord.), Estudios de derecho público, Bs. As., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2013.

La Corte ha puesto de manifiesto la relevancia, en este aspecto, de la tutela administrativa efectiva, recogida en tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8º y 25 de la CADH; 2º, inc. 3º, aps. a y b, y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Así lo hizo en la causa “Astorga Bracht”, al señalar que el art. 18 CN y esas normas

es procurar la legitimidad de la actuación estatal, integrada por la legalidad y la razonabilidad,⁽³⁾ a lo que se puede acceder cuando se otorga a la Administración la posibilidad de enmendar sus propios errores (por ejemplo, en el procedimiento impugnatorio de actos) o de acceder a peticiones del particular en su sede (por ejemplo, en ciertos casos de reclamaciones regladas), evitando así ser sometida a juicio, con los inconvenientes y costos que ello genera para ambas partes. Se ha dicho que el agotamiento de la instancia administrativa persigue también garantizar una mayor protección al administrado, pues no solo se le proporciona un instrumento sencillo y económico para satisfacer sus pretensiones, sino que también se le permite conocer íntegramente la posición de defensa de la Administración antes de decidir sobre la oportunidad de acudir a la vía judicial, de modo de disminuir el riesgo de una acción rechazada por los tribunales.⁽⁴⁾

Por otra parte, como es sabido, la importancia del agotamiento, aun en el caso de que el particular no obtenga éxito en su impugnación o reclamación, se advierte con claridad en el hecho de que, al regir el principio de congruencia entre lo solicitado en sede administrativa y en sede judicial (ver art. 30 del decreto-ley 19.549/1972, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en adelante, LNPA), la Administración, al haber tramitado el procedimiento administrativo previo, conoce con claridad a qué se enfrentará en el proceso

internacionales resguardan el aludido derecho, que supone la posibilidad de ocurrir ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas una decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una decisión fundada (CSJN, "Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER-dto. 310/98 s/ Amparo Ley 16.986", Sentencia del 14/10/2004, Fallos: 327:4185).

(3) Como lo ha dicho el Alto Tribunal en la causa "Solá", al destacar que las decisiones administrativas no pueden quedar exentas de cumplir con los recaudos de legitimidad constituida por la legalidad y la razonabilidad (CSJN, "Solá, Roberto y otros c/Estado Nacional-Poder Ejecutivo s/empleo público", Sentencia del 25/11/1997, Fallos: 320:2509).

(4) PEMAN GAVIN, JUAN, "Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial. A propósito de sentencia de la Corte Constitucional italiana de 11 de enero de 1991", en Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, nº 127, Madrid, enero - abril de 1992, p. 145 y ss., cita de CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "Rilkahe SRL c/DNV - Resol. 777/01-Ley 25.344 s/ Contrato de Obra Pública", Sentencia del 25/08/2005. El rol de colaborador que el particular desempeña en el procedimiento administrativo demuestra aquí su especial trascendencia, al propender, con su actuación, a que el Estado actúe conforme al ordenamiento jurídico y se eviten perjuicios a la comunidad derivados de su eventual actuación ilegítima o de la judicialización de asuntos que podrían ser resueltos en sede administrativa.

y, asimismo, ello conducirá a establecer posibles responsabilidades derivadas de deficientes o ilegítimas decisiones adoptadas por sus órganos.⁽⁵⁾

Recordemos que, en el orden nacional, las vías de agotamiento de la instancia administrativa son la impugnatoria y la reclamatoria. La primera se lleva a cabo mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la LNPA y su reglamentación, aprobada por el decreto 1759/1972 (t.o. 1991, reglamentario de la LNPA) y el reclamo improPIO contra actos de alcance general previsto en la ley citada. Cabe señalar que, de estos medios, solo son de preceptiva interposición el recurso jerárquico y el jerárquico interno, como así también el reclamo improPIO dirigido a la impugnación directa de los actos de alcance general.⁽⁶⁾ Contra el acto expreso que decida este último no es necesario agotar la vía administrativa, de acuerdo con lo establecido en el art. 73 de la reglamentación de la LNPA. Lo expuesto demuestra que no son tan abundantes los supuestos en los que es imperativo el agotamiento de la vía impugnatoria.

En cuanto a la vía reclamatoria (arts. 30 a 32 LNPA), resulta obligatorio, en principio, respetarla cuando se enfrentan hechos y omisiones estatales. Si bien las excepciones a la obligatoriedad de interponer reclamo administrativo previo fueron reducidas con la reforma que, en el año 2000, introdujo la ley 25.344 a la LNPA, la jurisprudencia ha reiterado la vigencia de una de las más usuales, la que considera el recorrer la vía administrativa como un ritualismo inútil, en ciertos supuestos.

(5) Consideraciones especiales sobre la relevancia del agotamiento de la vía administrativa que efectuó la Corte Federal en el caso "EDEMSA", en el que recordó también la vigencia del requisito, al sostener que el procedimiento administrativo no constituía un ritualismo inútil si, en el juicio en el que el Estado había opuesto la falta de agotamiento de aquél, la posición asumida en el proceso no evidenciaba la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa, ya que ni de la contestación de demanda ni de las pruebas acompañadas surgía que el organismo estatal hubiera rechazado la pretensión en cuanto al fondo de la cuestión planteada, ni negado la existencia de la deuda que le reclamaba la actora, tampoco la del convenio que le dio origen; y, además, de las actuaciones administrativas se desprendía que la demandada no negaba el crédito a favor de su contraparte, sino que la falta de pago se debía a razones presupuestarias. La posición asumida por el Estado Nacional en el juicio, sostuvo entonces la Corte, no evidenciaba la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa; por lo tanto, no permitía concluir que el agotamiento de ella constituyera un ritualismo inútil (CSJN, "EDEMSA c/ENA y MEOSP/N s/ Cobro de Pesos", Sentencia del 04/08/2009, Fallos: 332:1629).

(6) Según algunos antecedentes jurisprudenciales, la obligatoriedad de recorrer esta vía no rige, como principio, cuando lo que se impugna son reglamentos de necesidad y urgencia (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 268:358 y CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "Fernández, Horacio E.", Sentencia del 09/02/2000 y "Luaces, Roberto", Sentencia del 04/05/2000).

La excepción aludida es extensible, según opino, a la vía impugnatoria puesto que, de configurarse aquella, el procedimiento administrativo pierde su razón de ser en cuanto a la protección de los derechos de los particulares y del interés público comprometido en la vigencia de la legitimidad en la actuación estatal.

Como sucede en el caso del acto expreso que decide en la vía del reclamo impropio contra actos de alcance general, tampoco es necesario agotar la vía administrativa contra el acto administrativo expreso que resuelva negativamente el reclamo administrativo previo, según lo dispone el art. 31 LNPA.

De lo expuesto, surge que la obligatoriedad de recorrer la vía administrativa no rige en todos los casos de impugnación o reclamación contra actos, hechos y omisiones estatales, sino que es más bien limitada, a lo que se agrega que, en caso de duda acerca de si se ha agotado o no esa instancia, la jurisprudencia es proclive, por aplicación del principio *in dubio pro actione*, a considerar habilitada la vía judicial.

En el ámbito del recurso extraordinario, en la misma orientación, es también frecuente que se revoquen, por arbitrariedad, fallos en los que se exige el agotamiento de la vía administrativa cuando ella no es obligatoria, lo cual se advierte de la lectura de la jurisprudencia de la Corte en numerosas sentencias, algunas de vieja data como la dictada en la causa "Sacoar".⁽⁷⁾

En efecto, variados son los pronunciamientos judiciales en los que se consideraron las garantías del particular con el fin de dejar sin efecto sentencias que habían obligado a los particulares a recorrer la vía administrativa sin norma expresa que así lo impusiera. Así sucedió en la causa "Empresa La Estrella",⁽⁸⁾ en la que la Corte Federal sostuvo que, al mediar denegación tácita del pedido del interesado por no pronunciarse el órgano administrativo en tiempo oportuno, resultaba injustificada la exigencia de un nuevo reclamo ante el mismo órgano, ya que la denegación debía entenderse proveniente del jefe de la administración provincial que había tenido la posibilidad de revisar el caso y de realizar el control aludido. Al no hacerlo y, por ende, no incorporar nuevos argumentos en contra del interesado, exigirle al actor

(7) CSJN, "SACOAR y C. c/Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso-administrativa", Sentencia del 13/10/1988, Fallos: 311:2082; en el mismo sentido, "Zamarreño, María Antonia c/Municipalidad de Ensenada", Sentencia del 06/12/2005, Fallos: 328:4277.

(8) CSJN, "Empresa 'La Estrella' SRL c/Provincia del Chaco s/demanda contencioso - administrativa", Sentencia del 10/05/1988, Fallos: 311:689.

que reiterara su planteo conducía a transformar el recaudo del agotamiento de la vía administrativa en un innecesario ritualismo, una traba no impuesta claramente por la ley local, por lo que la decisión que lo había obligado a actuar así incurría en un injustificado rigor formal y asumía gravedad, porque la omisión de ese nuevo rito conducía a la imposibilidad de volver a plantear el caso ante la justicia y, con ello, a la pérdida del derecho material discutido.

Es interesante también, en este sentido, la decisión del Alto Tribunal en la causa “Lof”, en la que dejó sin efecto la sentencia que había declarado que la instancia judicial no estaba habilitada por entender que la actora no había agotado la vía administrativa, si era incontrastable que aquella había cumplido dicho requisito, pues no solo había deducido recurso jerárquico sino que, además, la autoridad administrativa lo había resuelto en contra de sus pretensiones y, precisamente por ello, la demandante había interpuesto la acción judicial. Ello era así, dijo el Tribunal, en especial si se desconocía el principio *in dubio pro actione*, rector en materia contencioso administrativa.⁽⁹⁾

En cuanto a la segunda prerrogativa procesal estudiada, esto es, a los plazos de caducidad para interponer demanda o recurso contra el Estado, la Corte Federal ha considerado constitucionalmente válidos los establecidos en el art. 25 LNPA en la causa “Gypobras”,⁽¹⁰⁾ en la que ha señalado que esos plazos constituyen una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública, consecuencia del denominado régimen exorbitante del derecho privado que impera en la relación *ius administrativa*, y que la existencia de términos para demandar a la Administración se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos. Mediante su establecimiento, dijo, se trata de evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la Administración pues, de lo contrario, se afectaría el principio constitucional de la seguridad jurídica que constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces. Recordó su jurisprudencia en cuanto a que son válidas constitucionalmente las normas provinciales que establecen un término para la iniciación de demandas contencioso administrativas, en cuanto se limiten a la reglamentación del ejercicio de las acciones contempladas en los ordenamientos locales y no restrinjan derechos acordados por leyes de la Nación y, en concordancia con ello, señaló que la limitación temporal al ejercicio de

(9) Ver CSJN, “Lof, Casiano c/Provincia de Río Negro”, Sentencia del 15/07/2008, Fallos: 331:1660.

(10) “Gypobras SA c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/Contrato de Obra Pública”, Sentencia del 05/04/1995, Fallos: 318:441.

la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 LNPA no es susceptible de impugnación constitucional, ya que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana. Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, a partir del fallo dictado por su Sala III en la causa "Giménez Voga",⁽¹¹⁾ decide que todo acto administrativo, cualquiera sea el vicio que porte, aun cuando él determine su nulidad absoluta, debe ser cuestionado en los plazos de caducidad previstos en la LNPA.

La aplicación de estos plazos de caducidad solo rige cuando existe un acto expreso del Estado, dictado en la vía impugnatoria o en la reclamatoria. Así lo ha dejado claro la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Biosystems".⁽¹²⁾

Dicho lo expuesto, nos preguntamos si la obligatoriedad de cumplir con el paso por el procedimiento administrativo con anterioridad a enjuiciar al Estado y el respeto de los plazos de caducidad para hacerlo son compatibles o no con el derecho a la tutela judicial efectiva, derivado del art. 18 CN y de su Preámbulo, en cuanto determina la necesidad de afianzar la justicia, establecido con esa denominación en tratados que cuentan con jerarquía constitucional como el Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

(11) "Giménez Voga", Sentencia del 01/09/1981.

(12) Causa "Biosystems SA c/EN-M° Salud-Hospital Posadas s/Contrato Administrativo", Sentencia del 11/02/2014. Con esta interpretación también se deja sin efecto la doctrina anterior del Tribunal en cuanto a que el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de esa ley no se aplicaba a las acciones judiciales deducibles frente a las denegaciones administrativas expresas de reclamos (Fallos: 312:1017, cons. 6° y 326:4711). Lo sostenido por la Corte en "Biosystems" sigue la línea de lo expresado por María Jeanneret de Pérez Cortés a poco de sancionada la norma, en el año 2001, y por Pablo Perrino. En sentido similar se expresó Marcer (Jeanneret de Pérez Cortés, María, "Habilitación de la instancia judicial en el ámbito nacional. Presupuestos para su admisibilidad. Modificaciones resultantes de la ley 25.344", exposición en la Mesa Redonda "Novedades en la jurisprudencia de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal" que se desarrolló el 25/09/2001 en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y "El reclamo administrativo previo a dos años de su reforma", RAP, N° 296, p. 13; PERRINO, PABLO, "Reclamo administrativo previo. La tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción", en Cassagne, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Bs. As., Hammurabi, 2004, t. 1, p. 857; MARCER, ERNESTO, "Demandas contra el Estado", Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 168). Ver nueva opinión de Perrino conjuntamente con Ignacio de la Riva en "las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en Pozo Gowland, Halperín, Aguilar Valdez, Juan Lima y Canosa (dirs.), *Procedimiento administrativo*, Bs. As., La Ley, 2014, t. II, p. 450.

Entiendo que la respuesta al interrogante planteado es negativa, ya que los Estados que suscribieron los instrumentos internacionales citados pueden reglamentar razonablemente el derecho a acceder a esa tutela judicial y la regulación legal de los recaudos de habilitación de la instancia para someter a juicio al Estado no niega el derecho a esa tutela, sino que solo la sujeta a recaudos que, de acuerdo a lo expuesto, no aparecen como irrazonables.

A ello se agrega que, como se vio, aun en los casos en que las normas internas imponen esos requisitos, las excepciones a la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa que surgen de las normas y las creadas jurisprudencialmente son numerosas, e igualmente se destaca lo que respecta a la aplicación de los plazos de caducidad solo en los casos en que exista acto expreso del Estado, por lo que más razonable se torna aún el sistema por la interpretación jurisprudencial, administrativa y judicial, que se hace de aquél.

Por ello, frente al argumento de que estos requisitos solo ostentan base legal y podrían afectar las disposiciones constitucionales citadas o los tratados que cuentan con jerarquía constitucional, debe recordarse que el art. 14 de la Ley Fundamental establece claramente que nuestros derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio; por otra parte, al tratarse esos recaudos de un presupuesto procesal, se unen a los previstos para la interposición de cualquier demanda civil (en el sentido de no penal) en leyes como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por lo demás, para los casos en que exista urgencia en someter al Estado a juicio y obtener una decisión judicial en un proceso sumarísimo, los particulares contamos con la vía del amparo, que debe garantizar un recurso sencillo y rápido para la defensa de los derechos y, si bien su interposición se encuentra sujeta a plazos, la interpretación jurisprudencial en cuanto a su cómputo, en general, es siempre en favor del amparista.⁽¹³⁾

Lo que se plantea en el ámbito de esta acción es si, previamente a su interposición, es necesario agotar la vía administrativa, tal como sigue expresamente exigido en el art. 2º del Decreto-Ley Nacional de Amparo 16.986, que continúa vigente aun después de la incorporación de la institución en el art. 43 CN. El requisito podría considerarse derogado implícitamente por la citada disposición constitucional.

(13) Sobre los aspectos constitucionales del amparo ver SAMMARTINO, PATRICIO, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2003.

Sin embargo, aun después de sancionada la Reforma de 1994, el Alto Tribunal en la causa “Neuquén para el Mundo”, reiteró su doctrina en el sentido de que para que sea admitida la vía del amparo resulta necesario que se haya agotado la vía administrativa correspondiente, tendiente a permitir que el organismo interviniente enmiende el acto que se considera lesivo de los derechos constitucionales; solo después de ello, de resultar procedente, quedará habilitada la vía del amparo.⁽¹⁴⁾

Empero, y en orden a dilucidar si es exigible a la luz de su jurisprudencia recorrer la vía administrativa antes de iniciar la acción de amparo, con posterioridad a esa sentencia, el mismo Tribunal efectuó una distinción interesante. En efecto, en una causa en la que no estaban en juego derechos cuyo otorgamiento o restitución debiera ser realizada con premura, sostuvo que si bien es cierto que, a partir del reconocimiento constitucional del amparo, se ha interpretado que el cumplimiento del agotamiento previo de la instancia administrativa no constituye obstáculo para su admisibilidad formal, tal criterio no puede utilizarse de manera irrestricta en todos aquellos supuestos en que se cuestionan decisiones (en el caso, de carácter universitario) que no emanen de su máxima autoridad, pues ello implicaría soslayar la vía específicamente prevista por el legislador como la más idónea para su tratamiento y resolución, máxime cuando no existe una situación de urgencia que torne necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor dice conculcados y al haber seguido él mismo la vía del recurso jerárquico ante el órgano administrativo pertinente.⁽¹⁵⁾

En cambio, en otro juicio en el que se intentaba mediante el amparo proteger derechos típicamente tutelados por esa acción, la Corte sostuvo que ella es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física y que, frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual esa acción no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.⁽¹⁶⁾

(14) CSJN, “Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ Amparo”, Sentencia del 03/11/1998.

(15) “Granillo Fernández, Héctor Manuel c/ Universidad Nacional de La Plata s/ Amparo”, Sentencia del 10/04/2007, Fallos: 330:1407.

(16) “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, Sentencia del 30/10/2007, Fallos: 330:4647.

De ello se deriva que, en los supuestos en los que está en juego la defensa urgente de derechos como la vida y la salud, el Alto Tribunal considera como no exigible la vía administrativa, previa a la interposición del amparo.

Otro caso en el que es posible obtener la salvaguarda urgente del derecho sin necesidad de agotar la vía administrativa es cuando se plantean medidas cautelares autónomas de suspensión de actos administrativos, de actos generales o de hechos u omisiones estatales lesivos, supuestos en los que, si está aún en trámite el procedimiento administrativo, por lógica no está agotada la instancia en esa sede. Cabe recordar, al efecto, que en los casos en que esta situación se suscite y se haya acordado una medida cautelar contra el Estado que haya sido trabada, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha decidido que no es irrazonable concluir que si en el momento de solicitar una medida cautelar autónoma en sede judicial se interpuso un recurso jerárquico en la sede administrativa, el plazo de 10 días a que se refiere el art. 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para interponer la demanda por el fondo a fin de que no caduque la medida cautelar, comenzará a correr o se reanudará a partir del momento en el que, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones de la LNPA, quede expedita la vía judicial. Es que tal plazo, sostuvo, debe considerarse suspendido a partir de la promoción de las actuaciones que harían viable una posterior acción judicial, y reanudado en el momento en el que esa segunda vía quede expedita de alguno de los modos previstos en las normas que rigen el procedimiento administrativo.⁽¹⁷⁾

Además, la sola posibilidad de interponer medidas cautelares autónomas frente a actos, hechos u omisiones estatales ínterin tramita el procedimiento administrativo de impugnación o reclamación, a fin de que se los suspenda o que la Administración actúe, al menos provisionalmente, en resguardo del derecho del peticionante, constituye una herramienta más de garantía para el particular que se ve obligado a recorrer la vía administrativa, previa a la judicial.

Cabe recordar, en lo referente a medidas cautelares, que, de acuerdo con la interpretación otorgada por algunos tribunales al art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aplicado analógicamente para la concesión de cautelares de suspensión de efectos de actos estatales y a raíz de

(17) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "Hisisa Arg. SAICIF c/ BCRA s/ Juicio de Conoc.", Sentencia del 24/08/1994. Esta doctrina fue plasmada en la reciente ley 26.854, arts. 5º, último párrafo, y 8º, punto 1, último párrafo.

lo establecido para las cautelares autónomas en la reciente Ley de Medidas Cautelares contra el Estado 26.854, para solicitar la aludida suspensión se requiere el pedido previo de esa medida en sede administrativa,⁽¹⁸⁾ lo cual, si bien no implica agotar la vía administrativa en los términos de la LNPA y su reglamentación, impone al particular una carga procedural.

Empero, podría argumentarse, según el caso, que aun habiendo solicitado la suspensión en sede administrativa, no es posible aguardar a que transcurra el plazo para considerarla denegada por silencio ante la posibilidad de la pérdida definitiva del derecho en cuestión, o que ese pedido, en atención a las circunstancias, constituye un ritualismo inútil.

En cuanto al cumplimiento del plazo de caducidad, eventualmente podrían dictarse regulaciones a fin de que no se aplique a los casos en los que estén en juego derechos fundamentales e irrenunciables como los que protegen la vida y la salud.

En conclusión: la supuesta contraposición entre las condiciones de habilitación de la instancia administrativa y la tutela judicial efectiva se la pretende justificar, a veces, en que aquellas son excesivas prerrogativas del Estado pero, como se ve, no solo se hallan razonablemente reglamentadas, sino que, además, en el caso de la primera, está contrapesada por garantías para el particular, como la interpretación jurisprudencial amplia en cuanto a excepciones, la posibilidad de solicitar la suspensión de actos en sede administrativa y judicial y de interponer demandas de amparo para los casos de protección de derechos personales fundamentales y en los que se acredite una real urgencia para su otorgamiento o restitución. Con respecto a los plazos de caducidad, lo mismo puede afirmarse en cuanto a la posibilidad de su extensión cuando la Administración notifica incorrectamente los actos administrativos al particular (arts. 40 y 44 de la reglamentación de la LNPA), a su no aplicación en los casos de silencio de aquella, y la eventual regulación de excepciones a su cumplimiento, por ejemplo, cuando se encuentren en juego determinados derechos. Por eso, a mi juicio, la aludida contradicción es más aparente que real.

(18) La ley, en el art. 13, dispone que el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, solo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de esta fue adversa a su petición o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que esta hubiera sido respondida.

Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local

por LEANDRO E. FERREYRA⁽¹⁾

I | Introducción⁽²⁾

El trabajo abordará la problemática en torno a la regulación de la responsabilidad estatal. Desde la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial en 2012, nuevas y diversas voces se alzaron a favor o en contra de la inclusión de normas concernientes a dicha materia en aquel cuerpo de derecho común.

La propuesta, concretamente, es la siguiente: realizar una sucinta presentación del desarrollo histórico, normativo y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado y, luego, analizar la procedencia de su regulación en el Código Civil y Comercial. Este estudio quedará demarcado por dos normas constitucionales: el art. 75, inc. 12, y el art. 121. En paralelo, surgirán otras cuestiones, como: 1) si puede integrarse la materia en el ámbito del derecho común, conforme al art. 75, inc. 12 CN; 2) la competencia provincial para regularla, en este punto se hará referencia a constituciones provinciales que se refieren expresamente a la responsabilidad estatal; 3) la interacción de las soluciones con el sistema de fuentes de derecho argentino;

(1) Abogado (UBA). Asesor legislativo en la Cámara de Diputados de la Nación. Docente de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho (UBA). Maestrando de Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública, Facultad de Derecho (UBA).

(2) Agradezco la colaboración de las Profesoras Susana Vega y María Josefina Rotaeche y de los Profesores Carlos Balbín y Juan González Moras.

4) si existe un régimen de responsabilidad estatal que merezca soluciones diferentes a las del derecho civil; y 5) la pretendida autonomía del derecho administrativo y sus lagunas normativas.

A partir de la conjugación de esos elementos se proyectará entonces, una respuesta sobre los diversos debates haciendo hincapié en un interrogante: ¿la responsabilidad del Estado debe regularla el Congreso de la Nación a través del derecho común o, en su defecto, se trata de una materia reservada a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?

2 | Antecedentes y fundamentos de la responsabilidad del Estado

La responsabilidad estatal sufrió una afinación todavía más tardía que otras áreas del derecho administrativo. En ese sentido, la noción de la primacía del Estado frente al individuo pesó más. En un comienzo se le atribuyó un significado cabal que aniquiló la remediación jurídica tras la interferencia intersubjetiva⁽³⁾ con origen en la realización de funciones estatales. Por ello, hubo que desplazar las anquilosadas teorías que defendían su inadmisibilidad. Aunque aquellas son hartamente tratadas en las obras clásicas, basta señalar que se basaban en:

1. la soberanía del Estado, en franca negación del individuo o su plenitud;
2. la imposibilidad del Estado soberano de violar el derecho, en tanto era una representación del mismo;
3. la responsabilidad en nombre propio de los funcionarios por los hechos o actos ilegítimos cometidos.⁽⁴⁾

Rápidamente se aprecia que tanto el origen como la supervivencia de esas bases de irresponsabilidad estatal tuvieron inmediata influencia de ideas políticas. Los Estados modernos no se forjaron de la nada. El nuevo orden económico del s. XIX, si bien en los papeles era más beneficioso para los derechos individuales, no impuso apuro alguno para su efectiva

(3) Conforme al concepto formulado por LINARES, JUAN F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1975, p. 87.

(4) BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, t. V, 1966, pp. 2/3; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 2.

concreción. Además, el derecho constitucional recién comenzaba a ajustarse y el derecho administrativo empezaba a sugerirse. Luego no sorprende que, una vez aceptada la responsabilidad estatal, siquiera como posibilidad, la precariedad normativa inauguró una etapa dedicada a la búsqueda de respuestas.

En segundo lugar, las tesis denegatorias llegaron a una encrucijada: asumiéndos los papeles activos del Estado y la Administración, ¿cómo conciliar la autorización de intromisiones y los perjuicios ocasionados? Los preceptos habilitantes no corrían indiscriminadamente sino que demandaban, para su funcionamiento armónico, el respeto de otros principios. Asentándose el equilibrio de la siguiente manera se podía pregonar la interferencia —y la eventual producción de perjuicios— de intereses privados por funciones públicas siempre que se garantizasen medios suficientes para recomponer a los primeros. Lo contrario —irresponsabilidad estatal— hubiese puesto en jaque la eficacia del sistema jurídico.⁽⁵⁾

En tercer lugar, se despejó la incógnita sobre la admisibilidad de la responsabilidad estatal. Sin embargo, se ensayaron varios modelos para superar ese escollo. Ello se debía, en parte, a que el derecho administrativo aún no había dilucidado esta temática. La responsabilidad del Estado amanecía en la penumbra normativa, la cual se dispó —genéricamente— de dos formas: (1) por el sistema francés de dualidad de normas y jurisdicción;⁽⁶⁾ y (2) por la compenetración del derecho público y el privado, lo cual arrojó un resultado menos homogéneo.⁽⁷⁾ En rigor, a través de la segunda forma se optó por llenar baches de un derecho público en plena gestación.

Ahora bien, ¿qué trazó esa aparente división categórica entre derecho público y privado? Sinceramente, en el presente la justificación no parece tan simple. Inicialmente el cisma se erigió en la ya recurrente noción de soberanía. Según la explicación de Fritz Fleiner, tras el ensanchamiento del conjunto de intereses del Estado, la Administración Pública se vio imposibilitada de tratar sus asuntos con medios de derecho privado, ya que solo con ayuda

(5) La evolución posterior establecería —de modo incuestionable— que los remedios para provocar la recomposición (en sentido genérico) de los derechos individuales y colectivos por daños originados en funciones estatales deben existir y ser efectivos.

(6) MARCER, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 23.

(7) FLEINER, FRITZ, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Labor, 1933, p. 50.

del poder de soberanía y autoridad era capaz de realizar sus fines. La esfera del derecho público se inicia desde que se coloca a las partes en niveles disímiles, haciéndose inaplicable el derecho civil por la naturaleza interna de la relación jurídica entre un ciudadano y el titular del poder soberano.⁽⁸⁾ Esto no impidió, por desperfectos formales del derecho público, que continuasen rigiendo —en una tensa delimitación— preceptos del derecho privado.

Consiguientemente, aun afirmada la clasificación de especies, el derecho administrativo, como rama de derecho público, buceó en el derecho privado para hallar soluciones.⁽⁹⁾ En cuanto a la responsabilidad del Estado, los primeros esfuerzos se destinaron a destrabar la aplicación de prescripciones recurriendo a la teoría de la doble personalidad. Se enfrentaba el Estado soberano —en su carácter de “poder público”— al Estado como persona jurídica del derecho privado, Estado “en actividades económicas”.⁽¹⁰⁾ La primera consecuencia de la separación consistía en conceder responsabilidad solo en los segundos casos. Recién se experimentaría una filtración en los primeros —Estado soberano, poder público— con la responsabilidad exclusiva de los funcionarios o del propio Estado solo cuando una ley expresamente lo prescribiese de esa manera.⁽¹¹⁾

El reconocimiento desprendido de la responsabilidad del Estado soberano era nulo o muy escaso pero avanzó con la responsabilidad del funcionario por actos ilícitos cometidos en ejercicio de funciones estatales. En el caso del derecho alemán esos supuestos se fundaron en derecho civil.⁽¹²⁾ No obstante, la responsabilidad del funcionario presentaba tres inconvenientes.

(8) Fleiner añade características esenciales de la actuación soberana: la unilateralidad, el mayor crédito del que gozan sus actos y el poder coactivo del Estado (todos conceptos peligrosos, vale indicar, que más tarde serían relativizados). FLEINER, FRITZ, *ibid.*, pp. 35, 43.

(9) De allí, luego, se explicaría buena parte de la heterogeneidad del derecho administrativo.

(10) BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 3; MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, Bs. As., Depalma, t. IV, 1982, p. 223; TAWIL, GUIDO S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Bs. As., Depalma, 1989, p. 21.

(11) BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 3; FLEINER, FRITZ, *op. cit.*, p. 225.

(12) Código Civil alemán, art. 839, luego recogido por Aubry y Rau y finalmente receptado en el Código Civil de Vélez Sársfield, aunque con diferencias. Ver, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, capítulo XVIII, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, t. II, 1998, pp. 8, 14.

Primero no alcanzaba a los actos obrados en ejercicio del poder público. De todos modos, ya durante el proceso de redacción y compilación del Código Civil alemán a fines del s. XIX, desde la doctrina se impulsó la asunción de responsabilidad del Estado por hechos de sus dependientes;⁽¹³⁾ e inclusive actos derivados de funciones soberanas, extremo luego incorporado en la Constitución de Weimar.⁽¹⁴⁾

Asimismo, se intentaba paliar el segundo problema de la responsabilidad de los funcionarios: la alta probabilidad de insolvencia para afrontar la indemnización.⁽¹⁵⁾

El tercer problema, en cambio, fue más complejo. Independientemente de aquel artículo en la Constitución de Weimar, el art. 839 del Código Civil se mantuvo incólume como sustrato normativo. En otras palabras, la falta personal o culpa continuaba como eje jurídico de la responsabilidad estatal.⁽¹⁶⁾ Otto Mayer, gran cultor del derecho administrativo alemán,⁽¹⁷⁾ reseñó que, como los tribunales civiles tenían a cargo las reclamaciones por indemnizaciones, al momento de precisar un punto de apoyo en derecho positivo, se acudía al derecho civil.⁽¹⁸⁾ A la alternativa del art. 839 se sumaba la responsabilidad por hechos del dependiente, derivado del art. 1384 del Código Civil francés (fuente del art. 1113 del Código Civil argentino). Pero la imputación indirecta al Estado no hizo más que aligerar la limitación intrínseca del fundamento subjetivo de la responsabilidad estatal. Como bien enseñaba Fleiner "... ante el Estado actuando conforme

(13) SINGH, MAHENDRA P., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlín, Springer, 2001, p. 246.

(14) FLEINER, FRITZ, *op. cit.*, p. 228; REIRIZ, *op. cit.*, p. 117.

Además, vale resaltar que aquel art. 131 de la Constitución de Weimar guarda parecido significativo con el actual art. 34 de la Constitución alemana: "Si alguien vulnera en el ejercicio de un cargo público del que sea titular los deberes que su función le imponga frente a terceros, la responsabilidad recaerá, en principio, sobre el Estado o la entidad a cuyo servicio aquel se encuentre, si bien queda a salvo el derecho de regreso contra el infractor si mediase intención deliberada o negligencia grave. No se podrá excluir el recurso judicial ordinario para la acción de daños y perjuicios (*Anspruch auf Schadenersatz*) ni para la de regreso (*Rückgriff*)".

(15) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *op. cit.*, p. 17.

(16) SINGH, MAHENDRA P., *op. cit.*, p. 247.

(17) El cual merece una referencia porque exhibe una similitud importante en estructura y contenido con el derecho argentino.

(18) MAYER, OTTO, *op. cit.*, p. 221.

a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos...”, por ende “... la solución solo debe deducirse de los principios del derecho público”.⁽¹⁹⁾ En este punto, el fundamento subjetivo, el tercer problema, se dividió. Por un lado, manifestó su inutilidad ante hechos ilícitos en los que no mediaba falta del agente⁽²⁰⁾ o en los que era difícil de identificar el agente causal⁽²¹⁾ —y que es importante precisar—, dando lugar al concepto “falta de servicio” del derecho francés. Por otro lado, lo hizo ante hechos lícitos.⁽²²⁾

En resumen, a la fase de irresponsabilidad estatal le siguió una de responsabilidad basada en el derecho civil que no pudo aceptar su funcionamiento, ni siquiera con las adaptaciones pertinentes. El derecho administrativo —y aun el público— asumía el faltante de elementos para facilitar respuestas claras y concisas, lo cual se predicaba en aspectos generales y particulares como la responsabilidad del Estado. Todo esto daba como resultado un sistema heterogéneo en el que se aspiraba a la convergencia de los dos sectores del ordenamiento jurídico por necesidad, confianza o conveniencia. Lo cierto fue que no se percibió correlación entre los supuestos que teóricamente debían ser regulados por el derecho público y las soluciones prefabricadas del derecho civil de sustrato subjetivo.⁽²³⁾

En efecto, la insuficiencia del derecho civil fue el daño colateral de un giro copernicano en la teoría de la responsabilidad estatal. El eje se desplazó desde la culpa hacia la lesión, provocada por la actividad estatal ilegítima.⁽²⁴⁾ Luego se elaboraron teorías para colmar aquellas zonas en las que

(19) FLEINER, FRITZ, *op. cit.*, p. 235.

(20) Que, según Mayer, fueron regulados por legislaciones de algunos Estados. MAYER, OTTO, *op. cit.*, p. 223.

(21) BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 41.

(22) Mayer sentenciaba: “Se trata de indemnizar al individuo por un daño pecuniario que se le ha ocasionado. Esto no se basa en reglas del derecho civil referentes a la responsabilidad por el hecho ilícito; puede haber hecho ilícito de parte de los agentes y representantes del Estado, pero no es esencial para que la indemnización tenga lugar; esta corresponde sin que haya que tener en cuenta aquello y hasta por actos completamente legítimos...”, en MAYER, OTTO, *op. cit.*, p. 215.

(23) MAYER, OTTO, *ibid.*, p. 224.

(24) Según Bartolomé Fiorini, “el problema de la responsabilidad estatal comienza por excluir la concepción de la culpa y de la falta personal para desarrollarse dentro del ámbito de la responsabilidad por el daño que se ocasiona que es el resarcimiento”. FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976, pp. 721/727.

el derecho privado no pudo instalarse. Lógicamente esas teorías tuvieron que buscar otros cimientos. Ellos, en líneas generales, respondieron a principios jurídicos —muchas veces constitucionales— que pueden asimilarse al derecho público. Conforme a lo explicado, vinieron a despejar interrogantes ante casos de la producción de daños por hechos ilícitos y, en especial, lícitos. Entre aquellas se pueden apreciar:⁽²⁵⁾

1. Teoría de la expropiación, formada a partir del derecho de propiedad;⁽²⁶⁾
2. Teoría del sacrificio especial; al daño causado por la intervención estatal, Mayer añadía la afectación injusta y desigual como condición de procedencia;⁽²⁷⁾
3. Teoría de los derechos adquiridos;
4. Teoría de la equidad.⁽²⁸⁾

Fleiner, a modo de síntesis, opinaba que cada uno de los intentos concibe al "... problema como una colisión de intereses legítimos, y cada uno de ellos aprecia la justa compensación del interés privado en la indemnización pecuniaria debida por el Estado al particular perjudicado".⁽²⁹⁾ Empero, y tal como sostenía más adelante, ninguna teoría termina por delinear un deber general de indemnizar para el Estado. Es más, en la actualidad se puede afirmar, sin mayores complicaciones, que justamente del juego de los objetos y fines perseguidos por cada una de ellas se puede refinar una teoría general —o explicación— que comprenda los diversos modos de protección de los derechos individuales y colectivos consagrados en los textos normativos fundamentales.

La responsabilidad del Estado en el marco jurídico e institucional argentino heredó todas estas cuestiones y le agregó otras. Pero antes de

(25) Se recomienda la certera enumeración y explicación de REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *op. cit.*, p. 27 y ss. También la succincta exposición de FLEINER, FRITZ, *op. cit.*, p. 240 y ss.

(26) No obstante, Reiriz piensa que se puede hablar de paralelismo pero no de identidad entre las afectaciones en procedimientos expropiatorios y las deducidas de otras maneras. Por otra parte, Bielsa aclara que la expropiación supone la incorporación al patrimonio estatal de los bienes afectados. REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *ibid.*, p. 27; BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 18.

(27) MAYER, OTTO, *op. cit.*, pp. 226/227.

(28) Bielsa advierte que, en verdad, esta doctrina sirve para fundar tanto la responsabilidad como irresponsabilidad, ya que así lo permite su extrema elasticidad. Concluye que "la equidad es ya una panacea, ya un azote". BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 19.

(29) FLEINER, FRITZ, *op. cit.*, p. 242.

abordarlas en su campo concreto, corresponde detenerse en un punto ya sugerido: las bases del régimen de la responsabilidad del Estado. La imperfección del derecho privado llevó a repensar sus institutos y a modificarlos —e incluso forzarlos— para articularlos con las variables demandadas y para paliar los perjuicios provocados por funciones estatales. Sin embargo, aquello fue suficiente para que la mayoría de la doctrina distribuya su tesis sobre la regulación de la responsabilidad del Estado dentro del derecho público.

Ahora bien, según se mencionó, el origen de la dicotomía derecho público-derecho privado estuvo asociado a nociones de autoridad, soberanía o desigualdad, cuyas extensiones no pueden reproducirse en el presente sin socavar buena parte del fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos. Por eso, en caso que se reenvíe el estudio de la responsabilidad estatal al campo del derecho público como ordenamiento propio de la actividad estatal, conviene saber que sus condiciones de validez definitivamente han variado y que no pueden ser implantadas en el presente de modo directo.⁽³⁰⁾

El ciudadano ya no es súbdito del poder, del Estado o de la Administración. Por ello el derecho, sancionado para fijar reglas entre el Estado y los ciudadanos, deberá nutrirse de nuevas formas de interacción. En ese sentido, ello no supone una relación de igualdad. Tampoco una simetría entre potestades públicas y derechos de los ciudadanos. En efecto, el ejercicio de competencias estatales no se alcanza siempre en un campo de igualdad plena y consenso, sin perjuicio de la observancia de principios elementales —como los de la legalidad, razonabilidad y racionalidad—.⁽³¹⁾ Por lo tanto, la Administración, como participante de ese esquema, y los otros poderes deben actuar conforme al marco constitucional de atribuciones y teniendo en cuenta que su finalidad primera consiste en promover derechos. En ese

(30) Jorge L. Salomoni sostenía que: "El derecho público europeo, tanto continental, como anglosajón, conformado entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, se caracterizó, en mi opinión, en fundamentalmente, un instrumento del poder, de resguardo o reaseguro del poder". SALOMONI, JORGE L., "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)", en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo, Bs. As., 29/03/2000, p. 619.

(31) SCHMIDT-ABMANN, EBERHARD, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 21/22.

sentido, los vínculos entre Estado, derecho e individuos quedan demarcados por dos premisas:

1. el Estado debe servir a ciudadanos y no viceversa;
2. el derecho público y el administrativo, aun entendidos como regímenes de relaciones asimétricas, deben ceñirse a una directriz igualitaria; es decir, a establecer reglas para el ejercicio razonable de competencias estatales tendientes a garantizar derechos y reducir la desigualdad entre los ciudadanos.⁽³²⁾

Las ideas de las líneas anteriores no son meros ornamentos sino que traducen expresiones que resignifican el contenido del derecho, público y privado. Por eso no podrán omitirse cuando se analice el vaivén de propuestas regulatorias. Así, cuando se estudien las variables de la responsabilidad del Estado tendrán que observarse los parámetros sustantivos actuales. La relación Estado-individuo varió y con ella necesariamente debe haber cambiado el contenido del derecho público. Si alguna vez tuvo entidad suficiente para diferenciarse ahora además, debe resguardar ciertas bases. ¿Y por qué se insiste tanto sobre esto? Por dos cuestiones: (a) porque la doctrina, ligera o fundadamente, muchas veces postuló que la responsabilidad del Estado no hallaba respuesta congruente en el derecho privado y debía encontrarla en el derecho público; y (b) porque, en el marco constitucional argentino, la opción entre una y otra esfera podría repercutir en la titularidad de la atribución normativa regulatoria. De todos modos, puede intentarse dilucidar los pilares contemporáneos de este dualismo.

Por un lado, Schmidt-Aßmann considera que la cuestión clave del derecho privado consiste en las libres decisiones de sujetos con derecho iguales entre sí. No obstante, constata que los intereses privados no se excluyen de los estatales; pero sí se conducen de modo diferente: los motivos de adopción de determinadas formas son irrelevantes en el derecho privado.

(32) Por su parte, Sabino Cassese opina que "con la transformación de los poderes constitucionales (...) se han adoptado, en efecto, cada vez más leyes dirigidas a asegurar la igualdad entre los ciudadanos entendida en sentido sustancial. Estas leyes, han llamado a las Administraciones para que sean quienes garanticen tal igualdad, mediante la prestación de servicios tales como el de la enseñanza, el sanitario, el de la seguridad social, etc. La Administración, por tanto, que antes actuaba principalmente en función de Gobierno, ahora actúa en función de los ciudadanos". CASSESE, SABINO, *Las bases del Derecho Administrativo*, Madrid, MAP, 1994, p. 69.

Esto imprime una intensidad limitada que luego permite mayor flexibilidad en el tráfico jurídico.⁽³³⁾ Por su parte el derecho público vendría a ocuparse de los mandatos de actuación del Estado. Su conformación quedaría estructurada por los siguientes elementos:

1. el poder estatal, que debe estar ordenado y justificado de modo idóneo para la satisfacción del interés público;
2. la organización de competencias decisorias, gestionadas responsablemente por ese poder público;
3. un procedimiento interno y externo para concretar la expresión legítima de esas decisiones;
4. la capacidad directiva y de programación de decisiones que, por su trámite y finalidades, pueden ser impuestas más allá de un marco preciso e incluso frente a quienes no las hayan consentido específicamente.⁽³⁴⁾

Luego procedería preguntarse: ¿expresa la responsabilidad del Estado aquellos indicadores del derecho público? La respuesta podría ser positiva si se la considerara como contracara necesaria de la concreción de actividades públicas regladas.

Sin perjuicio de la utilidad del modelo de Schmidt-Abmann, permanecen buenos argumentos para dudar de las esencias del derecho público o privado, las cuales pueden apresurar deducciones. Desde un sector más escéptico, Mahendra Singh sostiene que no se ha alcanzado un criterio único y objetivo para asentar la distinción. El autor enseña tres teorías que intentaron asentarla pero fracasaron. La teoría de los intereses, la de la subordinación y la de los sujetos. La primera es inacabada ya que muchas veces los intereses privados coinciden con los públicos. La segunda no puede precisar el fundamento y la extensión de la superioridad intrínseca que revestiría el Estado. Y la tercera, supuestamente concertada según la condición del destinatario de la atribución o derecho (titulares del poder estatal o simples individuos), falla al considerar la autoridad pública como una precondition cuando, en realidad, no sería más que una creación del derecho público.

(33) SCHMIDT-ABMANN, EBERHARD, *op. cit.*, p. 295.

(34) SCHMIDT-ABMANN, EBERHARD, *ibid.*, pp. 296/298.

En paralelo, Singh remarca que la separación muchas veces se usó para deslindar competencias jurisdiccionales. Por último señala que los problemas surgen, en todo caso, ante la ausencia de reglas especiales⁽³⁵⁾ o ante la oposición de normas del derecho público y privado.⁽³⁶⁾

En el ámbito argentino se destaca la opinión de Juan Francisco Linares, quien ha abordado el asunto a partir de la predicada inaplicabilidad del derecho común a los casos administrativos no previstos.⁽³⁷⁾ Linares criticó enfáticamente la tesis dominante que impedía la aplicación subsidiaria del derecho civil a las relaciones del derecho público. Aquella tesis tenía dos fundamentos ya reconocibles. Primero, la índole de intereses involucrados en cada grupo de normas. Segundo, la actuación del Estado como poder superior, en pie de desigualdad. A esto Linares contestó que ninguno era suficiente para permitir el voto *a priori* de las normas civiles.⁽³⁸⁾ Con todo, la decisión de la no aplicación podía hallar razón en: (a) la incompatibilidad del sustrato de la conducta con aquella regulada por la norma civil; y (b) el sentido axiológico-jurídico del caso, en tanto la aplicación de la consecuencia prevista en la norma civil conduce a una injusticia.⁽³⁹⁾ En lo concerniente a la responsabilidad del Estado, ya expuse —y lo repetiré luego— que la razón (a) era procedente. En este caso, no se barrió al derecho privado con arbitrariedad sino que sus respuestas fueron inconducentes.

En cuanto a la diferencia entre derecho público y privado, Linares apuntaba que ambas especies confluyen en toda situación jurídica. Más tarde precisó que:

"… por lo menos todo lo que se refiere a la organización del sujeto estatal que ejerce la administración, en especial del Poder Ejecutivo, a las formas del ejercicio de la función, a gran parte de los medios que ella utiliza, y a la competencia en sentido

(35) Sería el caso de la responsabilidad del Estado en Argentina, que motiva todo tipo de disquisiciones.

(36) Y, según el jurista indio, "tales casos son decididos en referencia al contexto significativo en el cual se inscriben y al objeto y fin de la actividad administrativa en estudio". SINGH, MAHENDRA P., *op. cit.*, pp. 8/10.

(37) LINARES, JUAN F., *Caso administrativo no previsto*, Bs. As., Astrea, 1976, pp. 89/90.

(38) LINARES, JUAN F., *ibid.*, p. 96.

(39) *Ibid.*, p. 99.

estricto, tienen las características de derecho predominante-mente público".⁽⁴⁰⁾

Asimismo, el autor rescató que, en derecho público juegan "... valoraciones de justicia, como orden, seguridad y poder, de modo preponderante, a diferencia de lo que ocurre en derecho privado".⁽⁴¹⁾

Salvando los pormenores, los conceptos de derecho público de Schmidt-Abemann y de Linares presentan varios puntos en común. Ni los intereses ni los sujetos, por sí mismos, separan las aguas de lo público y lo privado. No podrá hallarse la llave que destrabe irrefutablemente la clasificación. Pero quizás puedan aproximarse rasgos predominantes a partir de la síntesis de los modelos. Por ejemplo, la coexistencia en el derecho público de reglas relativas a: (1) competencias de los poderes públicos; (2) su atribución legítima; (3) objetos y fines; (4) organización y formas de ejercicio; (5) medios; (6) consecuencias y modos de ejecución (e imposición), entre otros. Una vez reunidos es posible —o al menos más probable— que guíen la respuesta de un interrogante para uno u otro lado.

Finalmente la responsabilidad del Estado se vincula con el ejercicio de competencias que tienden a la protección y al robustecimiento de los derechos. La inexistencia o insuficiencia de su regulación conspiran contra esas finalidades. Por ende, antes que malgastar esfuerzos en tergiversar soluciones del derecho privado, corresponde construir nuevas herramientas. En principio, el objetivo primordial debe ser conceder remedios para que los particulares obtengan la reparación de perjuicios y no perpetuar la discusión sobre la esencia de espectros difusos. De todos modos, si la responsabilidad del Estado viene a ser un antídoto contra interferencias estatales, parecería sensato que su desarrollo aparezca emparentado a las normas que las posibilitan y que exhiben mayor afinidad con lo que podría entenderse por derecho público.

Ahora es momento de apreciar cómo se trasladan todas estas cuestiones al escenario argentino.

(40) *Ibid.*, p. 86.

(41) *Ibid.*, p. 180.

3 | Situación en el derecho argentino

Se hará énfasis en el campo de responsabilidad estatal extracontractual ya que ahí aflora la mayor cantidad de interrogantes. Dentro de este campo la responsabilidad queda comprendida por: (a) actos, (b) hechos, y (c) omisiones. A su vez, derivados de actividad (i) ilícita y (ii) lícita.

Tal como ocurrió en otros lugares, lo relacionado con la responsabilidad del Estado en Argentina no surgió de una regulación positiva, orgánica e integral.⁽⁴²⁾ De hecho, la responsabilidad estatal argentina compartió muchos de los pasos y elementos ya mencionados. Ante todo, debió sortearse el flanco de la irresponsabilidad. Las nociones de soberanía, irresponsabilidad e indemandabilidad mostraron un sólido anclaje que repelió efectivamente y largamente los reclamos de particulares contra la actuación estatal. Luego empezó a abrirse el camino con la ley 3952. Sin embargo la apertura de aquella ley fue parcial, en tanto solo admitía la promoción de demandas contra la Nación en su carácter de persona jurídica.

En 1933 la potencialidad dañosa de las funciones públicas era ya bastante concreta. En ese año se dictó el famoso fallo “Tomás Devoto y Cía. SA c/ Gobierno Nacional”.⁽⁴³⁾ Más allá de las dudas que sembró, asentó un certero golpe a los resquicios del aberrante, absurdo, arcaico y anacrónico concepto de irresponsabilidad estatal.⁽⁴⁴⁾ Así se admitió la responsabilidad del Estado Nacional por los daños cometidos por sus empleados.

Ahora bien, es menester reparar en tres puntos. La sentencia de la CSJN: (1) evitó la dicotomía de la ley 3952 —o al menos no la profundizó—; (2) eludió toda mención al art. 43 del CC,⁽⁴⁵⁾ cuyo texto anterior a 1968

(42) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. IV, 1987, pp. 699/700.

(43) CSJN, caso “Tomás Devoto y Cía SA c/ Gobierno Nacional”, Sentencia del 22/11/1933, *Fallos*: 169:111.

(44) Todos esos calificativos y otros se pueden hallar en las siguientes obras: FIORINI, BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 717; MARIENHOFF, MIGUEL, *op. cit.*, p. 701.

(45) Que prescribía en su versión anterior a 1968: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

fomentaba interpretaciones absurdas y arcaicas, valga la redundancia; y (3) apeló a la aplicación de artículos de CC (1109⁽⁴⁶⁾ y 1113, primer párrafo).⁽⁴⁷⁾

El punto (3) halló razón en la falta de normas especiales para la materia decidida en el caso. Sin vueltas y sin invocaciones al derecho público, la Corte postuló la aplicación de normas de derecho civil. Se determinó entonces la responsabilidad del Estado por el hecho cometido negligentemente por sus dependientes, es decir, de forma indirecta y con un factor de atribución subjetivo.

Cinco años después, la Corte actualizó sus pautas en “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”.⁽⁴⁸⁾ En ese caso, la Provincia había invocado el art. 43 para fundar la irresponsabilidad por los actos ilícitos cometidos por sus funcionarios. A pesar de ello, la Corte no solo le falló en contra sino que afrontó el entuerto que ese artículo encerraba. Así, el Máximo Tribunal estableció que:

“... cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado, o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de Correos y Telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza, y, siendo así, la invocación del art. 43 del CC no es pertinente”.

Es decir, hizo expresa alusión al art. 43 y lo desplazó para el supuesto, ya enmarcado en la actuación como poder público. De esa manera contestó los puntos (1) —consintiendo la doble entidad, pero apaciguando sus efectos— y (2), que habían quedado inconclusos en “Devoto”.

(46) El cual establece, en su parte pertinente: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

(47) Art. 1113 CC, primer párrafo: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”.

(48) CSJN, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, Sentencia del 10/03/1988, Fallos: 182:5.

Además, la CSJN fijó en "Ferrocarril Oeste" más contenidos de la responsabilidad del Estado que en el futuro cobrarían singular relevancia:

1. formuló que "en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución";
2. a tal efecto, entendió que "... las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público";
3. completó el cuadro con la aplicación de los arts. 1112⁽⁴⁹⁾ y 1113 CC "... que, haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata, siendo así de aplicación al caso los arts. 1112 y 1113 del CC".

El último punto supuso una modificación respecto a lo decidido en "Devoto", donde la Corte había utilizado el art. 1109. Aquí pasó a aplicar el art. 1112 y con eso dio el puntapié inicial de la discusión doctrinaria en torno a la responsabilidad del Estado. El artículo en cuestión ya estaba pésimamente redactado y llevaba a sus hombros un misterioso pasado (que será precisado en otra ocasión). No obstante, la Corte lo utilizó para arribar a una responsabilidad indirecta⁽⁵⁰⁾ y con un factor de atribución subjetivo. Puesto de esa manera, podría parecer una repetición de la doctrina de "Devoto". Pero en rigor hubo un cambio, ya que se hizo abstracción del dolo y se abordó la culpa con una presunción en base al tipo de actividad involucrada (la expedición de un certificado, calificada como servicio o función monopolizada). Algunos de esos conceptos fueron después tomados literalmente y transmutados en falta de servicio —que para muchos autores implica un factor objetivo— y responsabilidad directa.

Sin duda, las primeras etapas del abordaje teórico de la responsabilidad estatal estuvieron signadas por la influencia de Rafael Bielsa. Este jurista postulaba que solo era posible la indemnización estatal —por daños cometidos como poder público— si una ley expresamente consagraba la obligación de hacerlo para casos determinados. Pero Bielsa estaba muy

(49) Art. 1112 CC: "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".

(50) Continuaba la aplicación del art. 1113, primer párrafo; en el caso, expresamente, *in eligendo*.

consciente del avance en la materia y reconocía las fases (irresponsabilidad, responsabilidad del funcionario y reparación a cargo del Estado). Sin embargo, la evolución jurídica y jurisprudencial hasta ese momento lo llevaba a sostener la responsabilidad exclusiva de los agentes, conforme a su interpretación del art. 1112 CC.

Bielsa sostenía que no era inadmisible la responsabilidad del Estado, sino que tan solo no estaba prevista en el régimen jurídico. Sin embargo, aun admitida, criticaba las soluciones del derecho francés y la aplicación de normas de derecho privado.⁽⁵¹⁾ Bielsa puso el acento en la aplicación del art. 1112. La cuestión sobre el sentido y el alcance del artículo luego daría lugar a otras interpretaciones, abordadas más adelante. Por lo pronto, para él, se refiere solo a los funcionarios y se funda en un elemento subjetivo (la culpa).

Las posteriores oleadas doctrinarias tuvieron otro tenor. A su vez, fluyeron en otro contexto. Si bien la obra de Bielsa corresponde a 1966, su esqueleto ya había sido formado al menos veinte años atrás. Luego, en la década del 60, aparecieron los trabajos de Miguel S. Marienhoff, María Graciela Reiriz y Bartolomé Fiorini.

Marienhoff se ocupó de responderle a Bielsa, aun reconociendo que no sostenía la irresponsabilidad. Decía entonces que: "... para Bielsa la responsabilidad del Estado carece de un fundamento jurídico propio. Para mí ese fundamento (...) existe y no es otro que el complejo de principios del Estado de derecho".⁽⁵²⁾ Aquel complejo surgía, según su opinión, de la Constitución Nacional. Entre los principios enumerados surgían, por ejemplo: (1) el respeto del derecho a la vida y la integridad física, como garantía innominada; (2) los derechos adquiridos y el derecho de propiedad, conforme al art. 17; (3) la igualdad ante las cargas públicas; (4) el reconocimiento de derechos esenciales (art. 14); (5) las garantías de libertad (art. 18); y (6) la posibilidad de someter a juicio al Estado (art. 100).⁽⁵³⁾

(51) El autor sostenía que "la responsabilidad del Estado poder público es de derecho público y no civil". Y remataba: "La tendencia a la aplicación del Código Civil (...) solo revela un afán, quizás inexplicable, de encontrar responsables hasta donde la ley no los hace. Se ve como expresión de una larvada tendencia civilista, pero más que obra reflexiva y crítica de jurista, tratase de comentarios aprobatorios de jurisprudencia". BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, pp. 41, 48, 74, 79.

(52) MARIENHOFF, MARÍA GRACIELA, *op. cit.*, p. 705.

(53) MARIENHOFF, MARÍA GRACIELA, *ibid.*, pp. 708/709.

Ahora bien, al momento de tratar la regulación sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, Marienhoff se preguntaba si procedía la aplicación del derecho público o del privado. Si bien ensayaba una respuesta, no aportaba mayor claridad. Para Marienhoff la cuestión se decidía a partir de la índole del comportamiento o conducta dañosa. Si provenía de la actuación en el campo del derecho privado, se debía regir por normas del derecho civil. En el campo del derecho público "... se rige, substancialmente, por normas o principios de derecho público y no por los del derecho privado, salvo que corresponda recurrir a estos subsidiariamente por no haber normas específicas de derecho administrativo".⁽⁵⁴⁾ Hasta allí llega la fórmula, sin distinguir directriz ninguna entre derecho público y privado. De todos modos, percibía que la CSJN había dado aplicación subsidiaria a normas del CC tanto en "Devoto" como en "FF.CC. Oeste" subrayando que había mediado actuación del Estado en campo del derecho público.⁽⁵⁵⁾ Es decir, Marienhoff aportó bastante para la justificación de la responsabilidad del Estado, aunque no tanto para su funcionamiento y normativización pese a advertir discordancias con la aplicación de disposiciones civiles y su base en la noción de culpa.

Reiriz realizó grandes contribuciones al estudio de la materia aquí analizada. La autora inició su recorrido argumentativo con el paso de la irresponsabilidad a la aplicación de disposiciones y nociones del derecho civil. Asimismo advirtió que estas últimas prontamente trajeron dificultades, por ejemplo, para imputarle responsabilidad sin culpa a una persona jurídica.⁽⁵⁶⁾ Para la autora, si bien el sistema legal y jurisprudencial de responsabilidad del Estado se funda, en parte, en principios del derecho civil, no puede ser asimilado a la teoría civil de la responsabilidad "por la simple razón de que ambos sistemas normativos están destinados a regular distintas categorías de situaciones humanas".⁽⁵⁷⁾

A modo de propuesta y planificación, la jurista llamaba a la sanción de un régimen completo del deber resarcitorio del Estado que "debería inspirarse en los principios de derecho público y no forzar la letra de textos

(54) *Ibid.*, p. 728.

(55) *Ibid.*, p. 730.

(56) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *op. cit.*, p. 18.

(57) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *ibid.*, p. 26.

civiles para regular un ámbito distinto de la convivencia".⁽⁵⁸⁾ Más allá de la validez de sus reflexiones, Reiriz tampoco enseñó una fórmula cabal para justificar íntegramente la incompatibilidad entre la rama jurídica pública y privada, ni para plasmar nítidamente la diferencia en la regulación de la responsabilidad del Estado.

Fiorini por su parte, denunciaba la limitación que supone su estudio en el marco del derecho privado. En su opinión, de esa manera se circunscribe la cuestión a los daños provocados por agentes de la Administración Pública y por hechos, cuando debería abarcar "... los actos, los hechos, las cosas y los agentes de los tres poderes del Estado...".⁽⁵⁹⁾ Luego fijaba como objetivo la formulación de un régimen integral de responsabilidad estatal con criterios universales y uniformes. En cuanto a la forma de sistematización y la orientación, no dejaba mucha alternativa: "... la responsabilidad no pudo encontrar satisfacción plena en las normas de derecho privado (...) la superación del problema no puede realizarse con técnica del derecho privado menos aún con el criterio subjetivo de culpabilidad".⁽⁶⁰⁾

Linares, en cambio, abordó sin timidez el hipotético enfrentamiento entre derecho público y privado. En cuanto a la utilización de normas de una u otra rama concluía que "... si hay en el mismo orden jurídico otra norma legal que satisfaga esas exigencias con posibilidades sistemáticas, esté donde esté, se la debe aplicar. Lo que rige el caso es, pues, la totalidad del orden jurídico y no determinadas zonas separables de las otras por cordones sanitarios".⁽⁶¹⁾ Sin perjuicio de ello, el autor fijaba dos alternativas para la no aplicación: (a) la incompatibilidad del sustrato de la conducta con aquella regulada por la norma civil; y (b) el sentido axiológico-jurídico del caso, en tanto la aplicación de la consecuencia prevista en la norma civil, conduciría a una injusticia. Asimismo, en el tema examinado se comprueba una falta de armonía entre los preceptos del Código Civil y los supuestos de generación de perjuicios a partir de actividad u omisión estatal. En rigor, la finalidad principal de la exposición del pensamiento de varios autores apunta a fortalecer esa conclusión.

(58) *Ibid.*, p. 169.

(59) FIORINI, BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 716.

(60) FIORINI, BARTOLOMÉ, *ibid.*, p. 717.

(61) LINARES, JUAN F., *op. cit.*, p. 105.

¿Qué dijo Linares acerca de la responsabilidad del Estado? Reconoció la competencia provincial para especificar las normas de códigos comunes en casos de derecho público provincial, dentro de los cuales incluía a la responsabilidad estatal.⁽⁶²⁾ En otras palabras, si bien la materia sería parte del derecho local, él debería respetar las bases mínimas previstas por el Congreso para unificar la legislación. Las provincias, en esa tesitura, no tendrían autonomía normativa sobre la responsabilidad del Estado.

De igual modo, el jurista resaltaba la coyuntura político-social donde debían insertarse las reglas y sus usos. Por eso sostenía que era preferible que el Estado responda por actos ilegítimos no dolosos en vez de los funcionarios, cuya situación laboral era muy precaria y respecto de la cual tenía responsabilidad política el Estado.⁽⁶³⁾

En la década del 80, la CSJN fijó su posición en torno a la responsabilidad del Estado y su fundamento en el Código Civil. Así fue que en el caso “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”,⁽⁶⁴⁾ se estableció la responsabilidad directa del Estado a través del art. 1112. Posiblemente haya sido la tergiversación extrema de la norma aludida, pero asombra la facilidad con que ha dominado en el paso del tiempo. Si bien debería haber constituido una alarma final, consagratoria de la incoherencia entre las demandas del derecho administrativo y el Código Civil, logró sobrevivir. Ella motivó respuestas y hasta proyectos de reforma que se diluyeron en meras anécdotas.

(62) LINARES, JUAN F., *ibid.*, p. 113.

(63) Y precisaba: “Cuando le hayamos dado a esos agentes, por largos años selección racional, estabilidad, retribuciones justas y jubilaciones suficientes, tendremos el derecho de exigirles lo que exige a los agentes franceses y alemanes en materia de responsabilidad personal. Que el Estado mal patrón —y con ello la colectividad— se aguante por ahorrar lo que implica la tesis que sostengamos frente a textos legales oscuros. Hay una culpa y una responsabilidad política del Estado, por su inoperancia legislativa para lo bueno y eficiencia para lo malo, que bien puede y debe llevarlo a una responsabilidad jurídica, solo provisional, directa y exclusiva, frente a terceros, por falta personal de los agentes públicos”. Posición contrapuesta a la de Bielsa, quien postulaba que los funcionarios “sientan en carne propia las consecuencias de su culpa”. LINARES, JUAN F., *En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario*, Bs. As., La Ley, 1974, pp. 153/606; BIELSA, RAFAEL, op. cit., p. 93.

(64) CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización”, Sentencia del 18/12/1984: Fallos: 306:2027.

La CSJN compuso la solución de la siguiente manera. Primero, recordó lo resuelto en "Ferrocarril Oeste",⁽⁶⁵⁾ que le había permitido desligarse de la prueba e individualización de la culpa. Segundo, calificó aquel concepto como "esa idea objetiva de la falta de servicio". Y, tercero, aplicó el art. 1112, subsidiaria y exclusivamente, que determinó que era el fundamento normativo.⁽⁶⁶⁾ Es decir, usó una vieja noción, la describió distinto y la fundó en un artículo que antes entendía aplicable de otra manera.⁽⁶⁷⁾

Se llegó, de esa forma, a una responsabilidad directa del Estado gracias a la teoría del órgano. Eso sirvió para prescindir del art. 1113 y para sembrar más dudas acerca del sentido del art. 1112. También promovió una profusa doctrina que entendió la frase "esa idea objetiva" como la consagración de un factor objetivo de atribución. Esto, a su vez, lanzó la discusión en torno a la naturaleza de la falta de servicio y a su condición como factor subjetivo u objetivo de atribución.⁽⁶⁸⁾

La odisea de la responsabilidad del Estado y su regulación y fundamentación se perpetuó. Y, tras "Vadell", asistieron nuevamente los juristas para salvar el sistema o, al menos, para disimular su escasa integridad.

(65) Donde el tribunal sostuvo que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".

(66) Estableció en el consid. 5º de "Vadell" que: "Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad 'por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas'".

(67) Además, precisó que "... ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 CC al que han remitido desde antiguo, exclusive o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (...) En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas". "Vadell", consid. 6º.

(68) Por ejemplo, Reiriz concibe a este factor de atribución como subjetivo, "aunque de distinta naturaleza que la culpa o dolo del derecho civil (...) Porque no es necesario individualizar al autor material del daño, sino que es el servicio en su totalidad el que funcionando irregularmente, produce el daño. Por lo tanto es un daño con falta del agente causal". REIRIZ, MARÍA GRACIELA, "Responsabilidad del Estado", en AAVV, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1996, p. 226.

Entre muchos intentos uno de los más sofisticados probablemente sea el de Reiriz, quien estimó que el art. 1112 es una norma incompleta. Él funcionaría como una norma de reenvío que forzaría a analizar las leyes que rigen el servicio o la función pública en que se encontrase encuadrado el agente, cuya conducta hubiese sido determinante para la comisión del daño.⁽⁶⁹⁾ Sin embargo, Reiriz destacaba, al mismo tiempo, que la remisión conduciría a normas de derecho público, en principio local, "... por lo cual se trataría de un supuesto de norma de derecho administrativo, mal ubicada metodológicamente en el Código Civil".⁽⁷⁰⁾ Luego, para Reiriz, el art. 1112 sería aplicable, por vía analógica, a casos no previstos por el derecho público (federal o local).

En otra sintonía Salomoni esbozó un análisis asentado en la lectura del art. 1112 desde el §447 de Aubry y Rau.⁽⁷¹⁾ Su tesis apuntaba, primordialmente, a prescindir de: 1) la noción de culpa; y 2) la distinción entre ejercicio regular o irregular. Así se permitía elevar la verificación del daño como eje del sistema de responsabilidad desprendido de una lectura amplia del art. 1112. De acuerdo a Salomoni, el artículo en cuestión "fundamenta la responsabilidad objetiva, directa, por acto lícito o ilícito, del Estado".⁽⁷²⁾ Y además se trata de una norma de derecho público interpolada en el Código Civil.⁽⁷³⁾

En un opúsculo posterior, Salomoni indagó un poco más acerca de esa peculiar naturaleza del art. 1112 y sentenció, sin pruritos, que: "al instaurar una norma de derecho administrativo en el Código Civil, se violan las normas constitucionales de repartos de competencias legislativas

(69) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Ibid.*, p. 227.

(70) Afiración que complementaba afirmando: "Cuando nos referimos a disposiciones de derecho administrativo que están incluidas en el Código Civil, pero no integran el derecho civil, dijimos que están desubicadas metodológicamente. A mi modo de ver, no es solamente eso: el Codificador no advirtió que el Congreso Nacional carecía de competencias delegadas por las provincias para regular cuestiones de derecho administrativo, que es local. Y aunque pudiere hacerlo respecto de la responsabilidad del Estado Nacional, de todos modos no resulta metodológicamente acertado que normas federales, sobre esa cuestión, aparezcan mezcladas en un corpus de derecho común", *ibid.*, pp. 226/227.

(71) AUBRY, CHARLES Y RAU, CHARLES-FRÉDÉRIC, *Cours de Droit Civil Francais*, t. IV, París, Cosse, Marchal & Cie, 1871, pp. 755/756.

(72) Para justificar esa concepción se basaba, por supuesto, en la teoría del órgano.

(73) SALOMONI, JORGE L., *op. cit.*, p. 625.

no delegadas por las provincias a la Nación”.⁽⁷⁴⁾ Consecuentemente, si el art. 1112 fuese una norma de derecho administrativo, su pretensión de aplicabilidad directa chocaría con el sistema constitucional. Ello en tanto Salomoni consideraba que la ubicación de una norma en el Código Civil no le otorgaría condición *ipso facto* de derecho de fondo, sino que dependería de la materia regulada. En ese contexto, una norma administrativa del Código Civil sería una norma federal aplicable directamente solo al Estado Nacional, sin poder sustituir los sistemas provinciales de responsabilidad estatal.⁽⁷⁵⁾

Para completar el cuadro resta aclarar que la postura de Reiriz no coincide plenamente con la de Salomoni. Su postura hallaría la valla de aplicabilidad directa del art. 1112 al momento de consumar el reenvío a una norma local, mientras que la de Salomoni no la obtendría por su condición primera de norma federal.

Recapitulando, el art. 1112 es un catalizador hermenéutico positivo. Abona y lanza teorías variadas de responsabilidad estatal. Esto sería efectivo en caso de obtenerse productos compatibles que contengan y resguarden el sistema constitucional. La responsabilidad del Estado merece ser organizada y concertada con reglas claras que se articulen con los sistemas vivientes —normativos e institucionales— sin provocar su descoordinación.

Afortunadamente, veinte años después de “Vadell”, el Máximo Tribunal se hizo cargo de una porción de los asuntos pendientes. En 2007, la Corte estableció que en el célebre fallo “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”⁽⁷⁶⁾ la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos de sus agentes es directa y no está basada en la culpabilidad. Asimismo, añadió criterios para su apreciación: 1) la naturaleza de la actividad; 2) los medios de que dispone el servicio; 3) el lazo que une a la víctima con el servicio; y 4) el grado de previsibilidad del daño.

(74) SALOMONI, JORGE L., “Análisis sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario en las provincias argentinas”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público - Jornadas de la Universidad Austral*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2000, p. 437.

(75) SALOMONI, JORGE L., *ibid.*, p. 438.

(76) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Sentencia del 06/03/2007, *Fallos*: 330:563.

Tras ofrecer esa enumeración, la Corte concluyó: “no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, es objetiva”.⁽⁷⁷⁾ Es decir, se debe delimitar la extensión del servicio y luego recién determinar si se presenta una falta imputable al Estado.

Curiosamente, en “Mosca” se citó a “Vadell” pero jamás aparece mencionado el art. 1112 del Código Civil. Tampoco figuró en una decisión de basamento similar, “Migoya, Carlos Alberto c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”, dictada en el año 2011.⁽⁷⁸⁾ Aquel trazado hace suponer que la Corte Suprema tiene aún algo más para decir en torno a la responsabilidad del Estado y sus fundamentos. Quizás quiere arrancar las raíces que el art. 1112 echó con extrema firmeza en “Vadell”.

Carlos F. Balbín recientemente ha realizado un balance crítico de la responsabilidad del Estado. Primero él evalúa que los canales previstos por el derecho civil —en materia de imputación— son intransitables por el derecho público, campo en el que cabe hallar la respuesta en la teoría del órgano.⁽⁷⁹⁾ En función de ello propone adoptar un factor de atribución directo, para lo cual admite que habrá que construir un límite razonable. En segundo lugar, Balbín advierte la dificultad que puede presentar individualizar la persona física responsable y, luego, demostrar su culpabilidad. Asimismo, consiente que la Corte adoptó un factor subjetivo a partir de “Vadell”. No obstante, subraya que el art. 1112 del Código Civil, sobre el que se posa la construcción jurisprudencial, fue concebido en relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos, y no del Estado.⁽⁸⁰⁾ Por ende, fallaría el fundamento normativo.

A modo de cierre se puede concluir que la responsabilidad del Estado recibió mejor trato en doctrina que en jurisprudencia. Es común que al

(77) MOSCA, consid. 6º. Por otro lado, Susana Vega y María Josefina Rotaeche entienden que el sistema basado en falta de servicio no es completamente objetivo. VEGA, SUSANA E. y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso Mosca”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 307.

(78) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”, Sentencia del 20/11/2012, Fallos: 334:1821.

(79) BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, t. II, 2008, p. 364.

(80) BALBÍN, CARLOS F., *ibid.*, p. 392.

tratar esta materia se festeje la abundancia de fallos de la Corte Suprema. A pesar de ello, el tiempo da la razón a quienes prefieren aplicar normas jurídicas y no remaches pretorianos.

Luego, el aporte doctrinario instituyó los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado. Desde distintos puntos de vista se determinó que ningún principio o derecho funda por sí mismo la responsabilidad estatal, sino que precisamente de esa interacción emana el fortalecimiento de la institución. Reconocer los derechos del art. 14 CN, el principio de igualdad del art. 16, el derecho de propiedad y otros parámetros vienen a contribuir a un piso mínimo de protección que debe ser complementado con normas específicas. Por ejemplo, puede citarse sucesivamente el deber de no dañar a otros,⁽⁸¹⁾ pero su invocación aislada no constituye una herramienta útil para el entuerto de la responsabilidad del Estado.

Un ingrediente de la receta surge pues, de la combinación de principios constitucionales. Otro surge de la creación de reglas especiales y de la aplicación razonable de otras reglas ya existentes. Superado el incidente del Código Civil, que en su condición actual —como se acentuará en el apartado 4— no tiene mucho que ofrecer a la responsabilidad estatal, asoman en el horizonte dos pautas con las que inevitablemente habrá que lidiar: primero, la unión o divorcio entre el derecho público y privado y, en segundo lugar, la atribución regulatoria. Interrogantes como qué regular y cómo hacerlo deben responderse con cautela para no vulnerar el sistema constitucional nacional y provincial. Por lo pronto, ya se detalló cómo puede incidir el alcance de teorías en los modos de aplicación de normas del Código Civil. Pero, al momento de generar nuevas normas, se debe reeditar el análisis según las competencias provinciales sobre la materia involucrada. De esa manera emerge con todo tenor la tensión entre el art. 75, incs. 12 y 121 y ss. CN.

(81) Que tanto la doctrina como la jurisprudencia (fallos Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos y Gunther, Raúl F. c/ Ejército Argentino) ha receptado, y que tampoco ha permanecido libre de dudas. En ese sentido, Pablo Carducci considera: "El artículo se refiere a las 'acciones privadas de los hombres (...) [que] perjudiquen a un tercero', sometiéndolas a la autoridad de los magistrados. El Tribunal extrae de aquí una suerte de prohibición de dañar a terceros que, al menos desde mi óptica, es difícil de encontrar. Es que, a fin de cuentas, no es lo mismo sostener que 'las acciones que perjudiquen a terceros serán sometidas a la autoridad de los magistrados' que entender que 'está prohibido perjudicar a terceros'. CARDUCCI, PABLO, *Responsabilidad del Estado: nociones actuales e ideas futuras*, Inédito.

4 | Los civilistas se unen al desconcierto

La temática de la responsabilidad del Estado, sus normas aplicables, su sentido y su alcance también mereció abundante tratamiento entre los autores civilistas. Un somero repaso por algunos exponentes doctrinarios demostrará que la falta de unificación de criterios es, asimismo, moneda corriente entre juristas del derecho civil.

Héctor Lafaille sostenía que el art. 1112 "... se ciñe exclusivamente a los agentes o empleados de esa calidad, sin encarar los deberes del principal".⁽⁸²⁾ Marcelo J. López Mesa se permite dudar acerca de la extensión de la teoría del órgano y la responsabilidad objetiva y directa del Estado porque, en su desmesura, podría conducir a consecuencias incoherentes.⁽⁸³⁾ Por eso propone, para corregir el régimen de responsabilidad objetiva, buscar soluciones como: 1) la inclusión de estándares de funcionamiento de servicios y la exigencia de individualización del daño o 2) la subjetivización del sistema. De todos modos concluye que en ambas alternativas se advierte una coincidencia: "la prestación de servicios públicos por debajo de sus niveles normales de funcionamiento, representa una actuación administrativa deficiente y, por lo tanto, culposa de la Administración".⁽⁸⁴⁾ A pesar de ello, y en una línea similar a Linares, destaca que aún se debe perfeccionar el sistema de empleo público para promover la eficiencia estatal.

Aída Kemelmajer de Carlucci aseveró que es imposible negar el gran servicio que prestó el Código Civil a la responsabilidad del Estado.⁽⁸⁵⁾ Desde ya, disiento con esta visión de la autora. Empero, ello no implica desconocer algunas de sus importantes consideraciones. Así Kemelmajer se pronunció en contra de una concepción del derecho dividido en comportamientos estancos, reflexión que iba dirigida especialmente a aquellos autores administrativistas —y no así la jurisprudencia— que rechazaban *in*

(82) LAFAILLE, HÉCTOR, *Derecho Civil - Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Ediar, t. VII, vol. II, 1950, p. 401.

(83) TRIGO REPRESAS, FÉLIX y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, t. IV, 2004, pp. 55 y 205.

(84) TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *ibid.*, p. 206.

(85) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", en AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Ediciones UNSTA, 1982, p. 55.

limine las líneas generales del derecho común.⁽⁸⁶⁾ En efecto, opinaba que el distanciamiento, fomentado desde el derecho público, se debió a la elaboración de doctrinas volcadas a fundar la responsabilidad por actividad lícita y, luego, por la necesidad de moldear criterios más objetivos de atribución. Por consiguiente, la jurista dejaba ver razones para prolongar el distanciamiento una vez que el derecho privado ya había receptado pautas para esos problemas.⁽⁸⁷⁾ Sin embargo, tampoco se privaba de cuestionar la extensión de la teoría orgánica.

Asimismo, al abordar la cuestión atinente al factor de atribución, Kemelmajer se topó con dos argumentos repelentes del derecho común y se tomó el trabajo de rebatirlos o, al menos, de intentarlo. Así decía, en primer lugar, que la crítica a las teorías subjetivas (v. gr., culpa *in vigilando* o *in eligendo*) no servía ya que también habían sido dejadas de lado o perfeccionadas en el derecho privado por nociones cercanas a la obligación legal de garantía.⁽⁸⁸⁾ En segundo lugar, refutaba la exclusión de normas del Código Civil ante la presunta imposibilidad de identificar al funcionario o agente que hubiese actuado con culpa. Para la autora se podría prescindir de su aplicabilidad ante conductas lícitas por una ausencia de reprochabilidad individual, pero no ante ilícitas. A fin de cuentas, Kemelmajer temía la peligrosa extensión que se le podría dar a una idea de responsabilidad estatal posada en un factor objetivo y en la teoría del órgano porque “... llevaría a resultados absurdos”.⁽⁸⁹⁾ Pero claro, diciendo aquello, la autora automáticamente se diferenció de lo que había resuelto la Corte y de lo que resolvería después, por ejemplo, en “Vadell”.

Kemelmajer, al fin y al cabo, apuntaba a la aprehensión de una teoría del responder que reuniese todos los principios generales, sin perjuicio de los específicos, para cada orden normativo.⁽⁹⁰⁾ Con todo, esa invitación

(86) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *ibid.*, p. 59.

(87) *Ibid.*, p. 63.

(88) *Ibid.*, p. 71.

(89) *Ibid.*, p. 72.

(90) *Ibid.*, p. 80. Análogamente, en un renombrado fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, la autora y miembro del Tribunal exteriorizó en su voto que: “Por mi parte, estoy convencida que existe un derecho de daños, presidido por principios comunes al derecho público y privado; ello no implica negar que la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas. En otros términos propicio la unida en la teoría del

encierra proyecciones y conceptos que merecen ser desmenuzados. En primer lugar, parte de la existencia de principios comunes de responsabilidad. Pero, en segundo, admite la diferencia —aunque no total— de órdenes normativos y de las posiciones del Estado y los particulares. El meollo consiste luego en esclarecer si puede predicarse una afinidad que regule la responsabilidad general y la del Estado conjuntamente. Por esa razón la propuesta de Kemelmajer no es inocente, en términos constitucionales, y fuerza al interrogante: ¿podría regularse la responsabilidad del Estado, en tanto participante de notas comunes de la teoría del responder en el Código Civil? La respuesta, asimismo, demandaría precisar si: (1) el Código Civil es dueño absoluto de esos principios y (2) si puede sustraerse la materia del derecho local, lo cual puede obligar a analizar su aproximación con lo que pueda entenderse por derecho público. Si el Código Civil no tuviese aquel dominio exclusivo y si pudiese trazarse un puente congruente entre el derecho público local —o solo local— y la responsabilidad del Estado entonces la contestación indicaría que la última debería ser regulada a nivel provincial (más la Ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional).⁽⁹¹⁾

Jorge Mosset Iturraspe ha contribuido a la temática con su visión iusprivatista basada en unicidad del derecho de daños y su lazo infranqueable con el Código Civil. El jurista comprendía qué tendencia hacia la asimilación de reglas aplicables al Estado y a los ciudadanos responde mejor a un principio democrático. Y, en consecuencia, entendía que una distinción podría propulsar preferencias o privilegios propios de un régimen autoritario.⁽⁹²⁾ Asimismo hallaba la razón de la creación de un régimen de responsabilidad estatal específico en: (1) el afán de preconizar la autonomía del derecho administrativo y (2) la salvaguardia del Estado por los “administrativistas de la administración”.

.....

responder que es la consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico. El fraccionamiento en compartimentos estancos lleva a resultados absurdos cuando se trata de actos u omisiones que pueden ser imputados tanto a particulares como el Estado” (sic). “Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza”, 04/04/1989, La Ley, 1989-C, 514.

(91) No soslayo la posibilidad de regular la responsabilidad del Estado Nacional en el Código Civil. Sin embargo, entiendo que semejante alternativa desvíe el eje de la discusión, ya que precisamente la razón principal para incluir un sistema regulatorio en un código de fondo es su validez y aplicabilidad directa nacional.

(92) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en *Revisita de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, nº 9, 2000, pp. 11/12.

Si bien llevo a cuestas una preparación apoyada sustancialmente en el derecho administrativo, no vengo a alentar su autonomía⁽⁹³⁾ ni a defender a la Administración. Por tanto, pasaré por alto los encasillamientos de Mosset Iturraspe, que pueden ser certeros respecto de algunas opiniones pero no de todas. En todo caso, lo que demuestran es que el derecho privado colonizó un campo desguarnecido y pretendió seguir gobernándolo —con complicidad jurisprudencial— sin introducir las modificaciones pertinentes.⁽⁹⁴⁾ Es posible afirmar que a un individuo le puede resultar indiferente quién provoca un perjuicio⁽⁹⁵⁾ pero no es lo mismo determinar la admisibilidad y procedencia de la responsabilidad del Estado que la de un particular. En este caso confluyen diversos elementos, por ejemplo: atribuciones de competencias y procedimientos y patrones de prestación de servicios. La reunión de esas cuestiones, y no la simple presencia de una entidad estatal, es la principal causa del desborde del derecho privado —en su muestra tradicional y presente— y la remisión a normas y herramientas que lo exceden. En efecto, el debate se puede posar en torno a la existencia de la diferencia ontológica entre responsabilidad y responsabilidad del Estado. Ahora bien, luego habrá que preguntarse: ¿cuáles son las notas definitorias completamente trasladables y reproducibles de la primera a la segunda?, ¿concretan las normas del Código Civil la cuestión regulatoria de la responsabilidad del Estado? El peligro que se avecina —si aún no ha llegado— es el capricho de la conservación de esquemas ya disfuncionales. El reto, entonces, será fabricar nuevos dispositivos aptos para el correcto funcionamiento. Y, ante este desafío, los interrogantes no parecen surgir respecto del cómo, en tanto se acepta el traslado de algunos componentes básicos de la responsabilidad más el complemento de otros de la responsabilidad estatal,⁽⁹⁶⁾ sino del quién o dónde.

(93) Lo que no impide perseguir la solución de un tema específico con reglas especiales.

(94) Por su parte, Pablo Perrino opina que: "El enfoque iusprivatista de la responsabilidad estatal es producto de un conjunto de circunstancias históricas que se vinculan, en gran medida, con la juventud e inmadurez del derecho administrativo frente al derecho civil, y de una equívoca interpretación del carácter de derecho común del derecho civil". PERRINO, PABLO, "Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, en RAP, 2008, p. 792.

(95) MOSSET ITURRASPE, "La teoría general de la responsabilidad civil y el Derecho administrativo", en AAVV, *La responsabilidad - Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 764.

(96) Sin obviar las complicadas implicancias de los factores objetivos de atribución o de la responsabilidad directa, por supuesto.

En definitiva, el desacuerdo de los propios civilistas sobre el contenido y el funcionamiento de las normas del Código Civil respecto de la responsabilidad del Estado es una muestra más de las complicaciones que arroja su actual basamento normativo y sus interpretaciones. Al mismo tiempo queda subrayado que el problema surge primero con estas normas del derecho civil (arts. 43, 1109, 1112, 1113, entre otros). Resta preguntarse qué ocurrirá con otras normas en el Código Civil. Sin embargo, para cerrar y reforzar la exposición, hay que detenerse todavía en otras opiniones.

5 | Señales constitucionales

Existen, por lo menos, dos alternativas para fijar la potestad regulatoria de la responsabilidad del Estado. La primera consiste en considerar a la materia englobada dentro de la normativa civil. Así se la puede integrar al Código Civil y proyectarla, mediante la legislación de fondo y el art. 75, inc. 12 CN,⁽⁹⁷⁾ a toda la Nación. La segunda implica imputarla a las atribuciones provinciales no delegadas (locales), conf. a los arts. 121 y ss.⁽⁹⁸⁾

Además, es posible detectar otras posibilidades. De esa manera, aparecen propuestas que se emparentan con las anteriores mas no coinciden. Por ejemplo, se ha indicado que la responsabilidad estatal debe regularse por las

(97) Art. 75, inc. 12 CN: "Corresponde al Congreso: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrota, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

(98) Art. 121: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

Art. 122: "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal".

Art. 126: "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrota, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admite dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros".

provincias porque es una materia propia de derecho público. En contraposición se ha tratado de expandir las fronteras del derecho civil con el objetivo de asimilarlo al derecho común. En rigor, el fin ulterior era trazar una equivalencia que permitiera automatizar el alcance nacional de la normativa civil.

En ese orden de cosas, cabe analizar la siguiente premisa: la responsabilidad del Estado no debe estar regulada en el Código Civil porque es una materia de derecho público y corresponde, por ende, a potestades locales (provinciales). Así, vale preguntarse: ¿es una atribución provincial porque es derecho público?, ¿o es una competencia provincial y, luego, una materia de derecho público?

Es importante recordar que no hay argumento lo suficientemente convincente para expulsar —por sí mismo— una norma o un conjunto de normas del Código Civil, por referir a un sujeto o interés especial. Inclusive aparecen serias dudas para sostener la extracción, aun ante la presencia de un cúmulo de elementos que pudiesen imputar la condición del sustrato regulado al derecho público y no a derecho privado. Con esto se intenta precisar que, para impedir que el Código Civil contenga prescripciones sobre la responsabilidad del Estado, no alcanza con invocar solamente su pertenencia al derecho público. Como se detallará a continuación, la pretensión extractora solo podría triunfar si se demostrase que, en efecto, se trata de una materia de competencia local. En otras palabras, para sacarla del Código Civil hace falta justificar que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden regularla. Ahora bien, ello no desplaza la utilidad que puede conllevar la inclusión de la responsabilidad del Estado dentro del derecho público, ya que así se reforzaría la competencia local y se impondría la sustracción del Código Civil.

Es oportuno, por otro lado, repasar algunas pautas constitucionales que probablemente ayuden a esclarecer el marco descripto. En ese sentido, la opinión de Alberdi deviene ineludible. El pensador tucumano daba un sustento principalmente material a su plan de progreso, pero no descuidaba la necesidad de adoptar un marco institucional acorde a las necesidades de su proyecto. Él entendía que era preciso un gobierno autoritario —mas no arbitrario—, un gobierno general que se concilie con las soberanías locales pero que no les dé tanto margen. Solo el Poder Ejecutivo nacional se presentaba capaz de llevar adelante algunas de las medidas necesarias para el progreso. Así, llegaba a una forma de federalismo atemperado.⁽⁹⁹⁾

(99) ALBERDI, JUAN B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs. As., Losada, 2003, pp. 134 y 147.

Respecto del sistema jurídico, Alberdi se refería a la consagración de una constitución como medio⁽¹⁰⁰⁾ que reconozca y garantice las necesidades de la nación a construir. El derecho civil, por su parte, debía "dar facilidades a la industria y al comercio".⁽¹⁰¹⁾ Asimismo, afirmaba que la legislación civil y comercial debe ser uniforme, en tanto "... no sería racional que tuviésemos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios, como provincias. La uniformidad de la legislación, en esos ramos, no daña en lo más mínimo a las atribuciones de soberanía local...".⁽¹⁰²⁾

Lo anterior hace suponer un ámbito acotado de competencias provinciales en el diagrama alberdiano. En efecto, al reseñar la extensión de los poderes del gobierno central, el jurista asentaba que:

"La soberanía provincial, acordada por base, quedará subsistente y respetada en todo aquello que no pertenezca a los objetos sometidos a la acción exclusiva del gobierno general, que serán por regla fundamental de derecho público todos aquellos que expresamente no atribuya la Constitución al poder del gobierno federativo o central".⁽¹⁰³⁾

Alberdi, con aquella frase, dispuso la delimitación residual de las facultades locales y también sembró la semilla del derecho público en el campo de las competencias no delegadas. Esto tiene un significado trascendente ya que, como influencia principal del texto fundamental, el criterio de Alberdi aporta una directriz hermenéutica para salvar las interferencias entre las esferas provinciales —locales— y el Estado Nacional.

No obstante, fue en una obra posterior a las *Bases* donde Alberdi completó los datos para aproximar que comprendían las potestades provinciales.

(100) Es llamativa la postura de Alberdi respecto de la Constitución. Distinguía dos tipos: 1) de transición y creación; 2) definitivas y de conservación. En ese momento, opinaba que era necesaria una del primer tipo; en ese sentido, agregó que "no se ha de aspirar a que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos. Como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción". ALBERDI, JUAN B., *ibid.*, pp. 82, 221 y 223.

(101) *Ibid.*, p. 115.

(102) *Ibid.*, p. 117.

(103) Y precisaba: "Quedará subsistente, sobre todo, el poder importantísimo de elegir sus propias autoridades sin injerencia del poder central, de darse su constitución provincial, de formar y cubrir su presupuesto de gastos locales con la misma independencia". *Ibid.*, p. 163.

Él inicialmente fijaba una regla general de deslinde: “las provincias conservan todos los poderes inherentes a la soberanía, del pueblo de su territorio, excepto los poderes delegados expresamente”.⁽¹⁰⁴⁾ Consiguientemente, el derecho público provincial venía a ser una especie del género de atribuciones no delegadas.

Entonces, ¿cómo quedaba conformado el derecho público provincial? Alberdi no lo estableció exhaustivamente pero puede inferirse que relacionaba el concepto a la organización, división y competencia de los poderes locales y a la responsabilidad y limitaciones de los funcionarios y de su autoridad.⁽¹⁰⁵⁾ Asimismo, cabe destacar que el célebre pensador hacía referencia a la responsabilidad política y penal de los encargados del poder, y no concretamente a la patrimonial.⁽¹⁰⁶⁾ Sin perjuicio de ello, su mención, junto con la de otros componentes del derecho público provincial, brinda una referencia sólida para delinear una eventual afinidad suficiente entre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios con las facultades locales. Luego se volverá sobre esto.

La doctrina constitucionalista contemporánea curiosamente no da muchas pistas para dilucidar los acertijos enunciados. En líneas generales, los autores de esta rama se dedican a describir y comentar concisamente los artículos en cuestión sin mencionar al derecho público, privado o público provincial. Esto marca una diferencia con las opiniones de administrativistas y civilistas que, a su modo, recalcan en esas categorías con asiduidad. A pesar de ello, no parece que la elección de los constitucionalistas se deba a la timidez, sino a su falta de preocupación. La Constitución Nacional no plantea esas diferenciaciones en términos literales. Por lo tanto puede

(104) ALBERDI, JUAN B., *Derecho público provincial*, Bs. As., La Ley, 2007, p. 16.

(105) ALBERDI, JUAN B., *ibid.*, p. 47, 101.

(106) Decía Alberdi que: “La responsabilidad de los encargados de todo poder público es otro medio de prevenir sus abusos. Todo el que es depositario o delegatario de una parte de la soberanía popular debe ser responsable de infidelidad o abusos cometidos en su ejercicio. Para que la responsabilidad sea un hecho verdadero y no una palabra mentirosa, debe estar determinada por la ley con toda precisión; deben existir penas señaladas para los abusos de los mandatarios, jueces que las apliquen, y leyes que reglen el procedimiento del juicio político. Sin estos requisitos la responsabilidad es ineficaz; y el abuso, alentado por la impunidad nacida del vicio de la legislación, viene muy tarde a encontrar su castigo en la insurrección, remedio más costoso a la libertad que lo aplica al poder que lo recibe”, *ibid.*, p. 53.

entenderse a quienes decidan no abordarlas. No obstante, si la distinción estuvo presente en la fundamentación de su principal inspirador y si puede ayudar para cerrar la discusión de un tema que reclama atención probablemente valga la pena profundizarla.

Germán Bidart Campos, por su parte, al comentar el art. 75, inc. 12 CN, determinaba que el mismo aglomera dos rubros en materia de legislación: de derecho común y federal.⁽¹⁰⁷⁾ Luego sumaba a las competencias legislativas del Congreso las leyes locales, que son las que tendrían vigencia en la capital y en territorios federales y, por tanto, han entrado en desuso. Además, concebía al derecho común como las leyes sancionadas por el Poder Legislativo para todo el territorio. Este grupo queda compuesto por los códigos de fondo y las leyes incorporadas a los mismos, y es aplicado judicialmente por tribunales federales o provinciales, según si las personas o cosas caen en una jurisdicción u otra.⁽¹⁰⁸⁾

Miguel Ángel Ekmekdjian también ensayó una definición por exclusión de las normas federales.⁽¹⁰⁹⁾ También indicó que pueden darse supuestos de leyes mixtas y de federalización del derecho común. En lo concerniente a los poderes provinciales en su análisis del art. 121 CN, el jurista apuntaba que la regla es la competencia excluyente provincial. Y añadía que no se trata de una regla estática ya que en general se producen cambios ampliando las atribuciones del gobierno federal.⁽¹¹⁰⁾ En consecuencia pensaba que, al amparo de interpretaciones de la CSJN y de prácticas políticas, se ha convalidado una notoria reducción del ámbito de poder de las provincias a tal punto “... que se ha destruido —o poco menos el sistema federal, claramente dibujado por la Constitución”.⁽¹¹¹⁾ Sin embargo, y pese a citar a Alberdi en varias ocasiones, Ekmekdjian tampoco delineó las facultades provinciales conforme al concepto de derecho público local.

(107) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, t. II-B, 2005, p. 65.

(108) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *ibid.*, p. 105.

(109) EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., Depalma, t. IV, 1997, p. 496.

(110) EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *ibid.*, p. 703.

(111) *Ibid.*, p. 705.

Consideraciones similares aparecen y faltan, por ejemplo, en la obra de Humberto Quiroga Lavié,⁽¹¹²⁾ Gregorio Badeni⁽¹¹³⁾ o María Angélica Gelli. Esta última señala que “las materias que integran la cláusula de los códigos o derecho común y las normas federales son tan amplias que conciernen en el Poder Legislativo una sustantiva cuota de poder unitario”.⁽¹¹⁴⁾

De todos modos, se puede concluir que la tendencia constitucionalista moderna es firme en tanto: (a) no se atribuye contenido concreto a los poderes no delegados y (b) tampoco se precisa la inclusión del derecho público provincial dentro de aquellos.

En suma, las opiniones de constitucionalistas modernos no consuman un aporte cuantioso para direccionar las respuestas sobre la regulación de la responsabilidad del Estado. Con todo, las señales más diáfanas emanan de las obras de Alberdi. Por lo pronto, lo expuesto permite divisar tres alternativas constitucionales para dilucidar dónde o quién tiene la atribución normativa sobre la responsabilidad estatal:

1. la responsabilidad del Estado es una materia de derecho civil y, por ende, puede regularse a nivel nacional a través del Código Civil o ley especial del art. 75, inc. 12 CN;
2. es una competencia local y, por lo tanto, queda excluida del art. 75, inc. 12;
3. es una materia propia de derecho público, no de derecho civil y, en consecuencia, corresponde a la esfera local conforme a los arts. 121 y subsiguientes CN.

Vale aclarar que buena parte de las tres teorías ya fue referida, sin perjuicio de su posterior repetición o profundización, en el presente trabajo. La única vía aséptica respecto de la dicotomía derecho público-privado es la segunda teoría e implica una asepsia relativa, ya que para imputar la responsabilidad del Estado a los poderes locales se debería demostrar, como mínimo, que no corresponde a una materia de derecho civil o que corresponde al derecho local.

Ahora bien, la tercera teoría es la más compleja pero también la más segura. Ello, en tanto responde a los parámetros alberdianos que gravitaron

(112) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996, p. 371 y ss.

(113) BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., La Ley, t. II, 2004, pp. 1104/1105.

(114) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 560.

sobre su efectiva adopción. En definitiva, la relación de la responsabilidad del Estado con el derecho público es accesoria a la atribución regulatoria local pero inviste la calidad de complemento determinante.

En ese páramo de potestades difusas, el carácter de derecho público puede servir como pauta exegética para asegurar argumentativamente una solución. Si la responsabilidad del Estado pudiese ser efectivamente asociada al derecho público, se disiparía la posibilidad de incluirla en el marco del art. 75 inc. 12 y se robustecería su condición de competencia local.

6 | Confluencia administrativa-constitucional

El grueso de la doctrina nacional concibe al derecho administrativo como una materia esencialmente local. Consiguientemente, se ha considerado que la responsabilidad del Estado debe ser regulada por aquel ámbito, es decir, por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional.

Marienhoff destacaba, desde la lectura de los arts. 104 y 105 del texto constitucional anterior, que:

“... las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal; se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Todo lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando este haya desarrollado o ejercido su específica calidad de Estado, o sea cuando este haya actuado en la esfera del derecho público, constituye un poder no delegado por las provincias al Gobierno Federal, pues integra el derecho administrativo, que es un derecho local, y a cuyo respecto las provincias conservan sus poderes de legislación”.⁽¹¹⁵⁾

Lo mismo sostenía Reiriz al afirmar que el derecho administrativo es, en principio, local y, por tanto, “... han de ser locales las normas que imponen las obligaciones de los agentes públicos”.⁽¹¹⁶⁾

(115) MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, p. 820.

(116) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, en AAVV, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1996, p. 227.

Por otro lado Balbín, en una lectura posterior a 1994, piensa que corresponde hablar de una potestad de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para reglar la responsabilidad estatal.⁽¹¹⁷⁾

Beltrán Gambier y Pablo Perrino, partiendo de una interpretación de los arts. 121 y 122 CN, puntualizan que

“... la responsabilidad estatal cuya causa generadora tiene lugar en el marco de una relación sujeta al derecho administrativo, constituye una materia propia de esta disciplina jurídica. Por tal motivo, su regulación es esencialmente de naturaleza local. Ello significa que las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión bajo examen”.⁽¹¹⁸⁾

Los mismos autores, al estudiar el art. 1112 CC y su aplicación en casos de responsabilidad del Estado, le contestan a aquellos que calificaron la norma como de derecho público diciendo que, si así fuese, se trataría de una disposición de naturaleza federal. Desde allí deducen, con buen tino, que “... si el legislador nacional decidiera regular de forma orgánica esta materia (...) la normativa que se dicte sería de carácter federal”.⁽¹¹⁹⁾

Habiendo llegado a esta instancia, se impone abordar el tratamiento de la materia pergeñado por Oscar Cuadros, expuesto en una de las más completas obras sobre la responsabilidad estatal de la doctrina argentina. Cuadros apunta que el primer tramo de la recepción teórica de Argentina estuvo caracterizado por un acentuado empeño en la búsqueda de normas del derecho público.⁽¹²⁰⁾ Esta tendencia hallaba razón en la influencia del caso “Blanco”.

Cuadros, más adelante, propone el enfoque integral desde la teoría de la pertinencia normativa. Ella postula radicar la responsabilidad patrimonial estatal en el marco que las normas civiles proveen al principio de no dañar

(117) BALBÍN, CARLOS F., *op. cit.*, p. 341.

(118) GAMBIER, BELTRÁN y PERRINO, PABLO, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, en JA, 1996-IV, p. 794.

(119) GAMBIER y PERRINO, *ibid.*, p. 799.

(120) CUADROS, OSCAR, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 36.

a otro.⁽¹²¹⁾ Él acompaña, como aspectos positivos de la teoría, razones de unidad conceptual, sistematicidad normativa y previsibilidad jurisprudencial. La responsabilidad así planteada tendría, a su vez, un carácter indirecto y objetivo en tanto comprende que no hay atribución subjetiva que pueda derivar de la imputación indirecta, a menos que se apele a la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.⁽¹²²⁾

Esta teoría, según Cuadros, se apartaría de la discusión derecho público-privado. Ahora bien, desde mi posición entiendo que la elusión depende de la confianza en las normas civiles. Si ellas no se hallasen adecuadas para la responsabilidad estatal, habría que pensar qué otras soluciones normativas se precisan y cómo podrían obtenerse. Ese camino reflexivo llevaría a nadar entre las espesas aguas de las potestades normativas locales o nacionales y de la distinción entre el derecho público y privado como instrumento de respuesta o de atribución competencial. Por lo pronto, igualmente basta decir que Cuadros mantiene a flote sus consideraciones con su justificación desde la recepción del Código Civil de principios constitucionales y su amalgama con la teoría de la justicia de John Rawls.

A mayor profundidad, la apreciación de Cuadros lo lleva a prescindir de las relaciones de justicia de tipo comutativo o distributivo, pero siguiendo la teoría de justicia como equidad, que "... es aplicable a la estructura básica de la sociedad y no a las relaciones de alteridad".⁽¹²³⁾ De lo que desprende luego, el carácter didáctico o meramente descriptivo de la distinción entre derecho público y derecho privado. A ello debo responder que, en todo caso, el carácter descriptivo sí tiene entidad suficiente para ordenar consecuencias jurídicas; en especial si no tributa a concepciones de teorías de justicia que concibo de trascendencia menor, como la distributiva o comutativa, al momento de describir las vicisitudes de la regulación de la responsabilidad del Estado. Cuadros, por su parte, piensa que la extracción de la responsabilidad estatal del Código Civil y su subsunción en el derecho público solo puede fundarse en teorías que permitan categorizar las relaciones entre un tipo comunitativo o distributivo.

(121) CUADROS, OSCAR, *ibid.*, p. 54.

(122) *Ibid.*, p. 56.

(123) *Ibid.*, p. 167.

Sin embargo, lo anterior ya sugiere que la incompatibilidad entre el planteo de este trabajo y el de Cuadros está dada por los objetos que merecen el carácter didáctico. En la concepción de Cuadros, es la distinción entre derecho público-privado. En mi opinión, la justicia distributiva-comutativa, bifurcación en la que no advierto justificación autónoma para el fracaso o éxito de las normas civiles sobre la responsabilidad estatal. El art. 1112 o el 1113 CC no sirvieron, no porque estaban fundados en justicia comutativa, sino por no estar diseñados para abarcar la actividad estatal. Hubiese sido extraordinario que un conjunto de reglas jurídicas del s. XIX lograse hacerlo con acierto. Actualmente ya se conoce que la actividad estatal implica un caudal casi infinito de asuntos y que engarza componentes vinculados a una multiplicidad de aspectos. Reunidos todos ellos o varios pueden dar entidad suficiente para que una cuestión pueda incluirse dentro de algo así como derecho público; cuya presencia como categoría puede ser descriptiva pero apta para sistematizar potestades normativas y proyectar su alcance. En palabras de Cuadros, la diferencia de opiniones se debe a la pertenencia a distintos contextos de fundamentación.

Luego, partiendo de la unidad conceptual del principio *naeminem laedere*, Cuadros sostiene que la obligación de resarcir los daños ocasionados cuenta con un contenido independiente de la condición de sujeto dañador. Pese a ello reconoce una condición especial en el sujeto Estado, mas no determinante para apartarlo de las reglas generales. Según este jurista, todo el problema se resume en una cuestión hermenéutica: bastaría con una interpretación acorde a las particularidades de cada caso.⁽¹²⁴⁾ Reitera entonces su argumento de confianza en las normas civiles y su potencial conformidad a una virtualidad de supuestos de responsabilidad del Estado. Entiendo que sería otro el panorama en ese esquema si se concluyese que las normas del Código Civil —actuales— no pudiesen alcanzar esa meta. En ese escenario, habría que analizar si puede regularse la materia en aquel cuerpo o si correspondería hacerlo a esferas locales.

La teoría de Cuadros fuerza lógicamente a limitar las potestades normativas locales a la especificación de los estándares básicos de reparación del Código Civil.⁽¹²⁵⁾ Ahora bien, adhiere a esa consecuencia un argumento

(124) *Ibid.*, p. 207.

(125) *Ibid.*, p. 214.

que debe aparecer en cualquier contexto de fundamentación: el principio de igualdad de estándares legislativos que emana de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). Pero omite señalar que la normativización de la responsabilidad del Estado a través del Código Civil no es la única manera de respetarlo.

Como bien enseñaba Salomoni, puede entenderse que la jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos, operada a través del art. 75, inc. 22 CN, produjo "... una modificación sustantiva del federalismo en cuanto al sistema de producción de normas que establecen derechos".⁽¹²⁶⁾ Si bien el autor advertía que por el art. 121 CN el derecho administrativo era eminentemente local, a partir del juego de los arts. 28.3 y 24 de la CADH, el escenario cambió.

La cláusula federal y el principio de igualdad formularían pues un piso de protección mínimo para todo habitante de Argentina. Esto llevó a que Salomoni se preguntase: "¿es posible que una provincia tenga una norma de derechos más protectiva de los derechos de los particulares, aun siendo de la materia de derecho administrativo, que otra provincia que tiene otra menor?".⁽¹²⁷⁾ Contestó a ello con un rotundo "no: esto vulnera el principio de igualdad".

Hace unos años, la Corte Suprema dejó entrever la tensa situación en el fallo "Verbitsky". Allí resolvió que la autonomía legislativa provincial debe encontrar un punto de equilibrio entre el principio de igualdad y el federal, sin que ello implique una simetría legislativa total.⁽¹²⁸⁾

De esta manera aparecería una piedra —o una señal de precaución— en el camino de las competencias regulatorias de las provincias y la CABA.

(126) SALOMONI, JORGE L., "Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el Derecho Administrativo argentino", en *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006, p. 21.

(127) *Ibid.*

(128) "Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía". CSJN, "Verbitsky, Horacio c/ *Habeas Corpus*", 03/05/2005, consid. 57.

Ahora esas potestades tendrán que respetar un piso mínimo pautado por el sistema de fuentes del derecho argentino, distinto del tope del derecho común que señalaban otros autores. Desde esta mirada la jerarquización de la CADH reforzó los derechos de las personas y asentó un efecto uniformador para el ejercicio de facultades regulatorias locales.⁽¹²⁹⁾

Conforme a lo explicado, quedan tres vías para establecer normas atinentes a la responsabilidad del Estado. Sin embargo, hay un inconveniente ya que dos son utópicas y la otra, parece inconstitucional. Son las siguientes:

1. regulaciones locales, por parte de las provincias y la CABA, armónicas; a lo que habría que sumar un vigésimo quinto régimen para el Estado Nacional;
2. una regulación concertada entre los veinticinco actores;
3. la regulación a través del Código Civil.

El presente jurídico, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, permite transitar con pocos sobresaltos la primera vía. La segunda aparece más lejana. A su vez, más eficaz y práctica que la primera y más legítima que la tercera.

Si bien existen normas constitucionales provinciales sobre la materia,⁽¹³⁰⁾ se puede aseverar que:

1. la responsabilidad del Estado ha recibido tratamiento constitucional a nivel provincial;
2. las provincias reclaman para sí mismas la potestad legal regulatoria o bien deciden aplicar el derecho común;
3. empero, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (que no tienen norma constitucional sobre el asunto) no han ejercido aquella potestad;⁽¹³¹⁾
4. a nivel provincial se ha superado, en algunos casos, el problema de la responsabilidad del Estado o del funcionario que persiste en el brumoso ámbito de las normas civiles, ya que en muchos casos el primero asume la responsabilidad en forma directa o subsidiaria.

(129) GONZÁLEZ MORAS, JUAN M., "La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias", en RAP, nº 348, 2012, p. 50.

(130) Neuquén, art. 189; Santa Fe, art. 18; San Juan, art. 43; Salta, arts. 5 y 127; Córdoba, arts. 14 y 53; entre otras.

(131) En efecto, Said opina "Que debamos debatir acerca de la aplicación de las disposiciones del Código Civil en la materia (directa, supletoria o analógica) resulta posible porque los Estados locales, en general, no se hacen cargo de regular el tema de la responsabilidad estatal en forma integral y sistemática". SAID, JOSÉ LUIS, "Responsabilidad del Estado y justicia distributiva", en RAP, nº 370, 2009, p. 56.

Dilucidado parte del espectro normativo y doctrinario, conviene detenerse en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, en la que pueden hallarse huellas que confirmen la vía a recorrer.

7 | Hitos jurisprudenciales

En esta parte se realizará un análisis de algunas decisiones de la CSJN que influyen en el devenir de la responsabilidad del Estado por diferentes razones.

En primer lugar, en 2003 la Corte dictó el fallo “Filcrosa”⁽¹³²⁾. Allí se discutía la prevalencia de normas relativas a la prescripción. Por un lado, las disposiciones provinciales. Y por otro, las del Código Civil. La CSJN aprovechó para citar su añeja doctrina y ratificarla: las provincias no pueden apartarse de lo fijado en el Código Civil en aquellas materias que no comprendan derecho público provincial.⁽¹³³⁾ En ese orden de cosas, siendo la prescripción un “instituto general del derecho”, la generalidad de su régimen quedaba incluida dentro del art. 75, inc. 12 CN.

Luego, el voto mayoritario profundizó en el vínculo del instituto con el derecho de propiedad, el patrimonio y el régimen general de las obligaciones. Ello lo hizo para reasegurar la regulación por el medio nacional. No obstante, también concluyó que “la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional...” (cons. 9º). Por eso cabría preguntarse: (1) si las relaciones entre el Estado y los administrados son equivalentes a las de acreedores y deudores genéricos y (2) si merecen otra regulación. Por lo pronto, en “Filcrosa” la CSJN afirmó —sin dejar resquicio para esos interrogantes— que

(132) CSJN, “Filcrosa SA s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”, Sentencia del 30/09/2003, Fallos: 326:3899.

(133) Cabe advertir que existe discordancia entre el consid. 5º y 6º. Mientras en el 5º el derecho público provincial no constituiría límite al alcance del derecho común, en el 6º sí parecería erigirse como valladar suficiente, a menos que fuese desbordado por un instituto general del derecho. Es decir, el 5º sugeriría que la legislación de fondo podría avanzar aun sobre terreno de derecho público provincial; y el consid. 6º, que podría avanzar sobre una materia en tanto no fuese derecho público provincial. Se trata, luego, de dos artilugios argumentativos diferentes. No obstante, la lectura del considerando 17 inclina la balanza a favor del segundo: “... sin que obste a ello que el Tribunal haya limitado su vigencia a los supuestos en los que no existen normas específicas que regulen la cuestión de derecho público de que se trate...”.

“... del texto expreso del citado art. 75, inc. 12, de la Constitución deriva la implícita pero inequívoca limitación provincial de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculan con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza”.

Casi un año después, el 19 de agosto de 2004, la Corte se pronunció sobre una temática similar en “Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén”.⁽¹³⁴⁾ Sin embargo, no se trataba de la prescripción de créditos por tributos sino de la acción de daños y perjuicios iniciada por un particular contra una entidad pública. A su vez, la pretensión del administrado era corolario de la nulidad de un acto que había dispuesto la suspensión como prestador del organismo. Esos elementos facilitaron la aplicación, por parte del Tribunal Superior de Neuquén, de la prescripción quinquenal de la acción procesal administrativa prevista en la ley provincial 1284 y no del art. 4023 CC.

Antes de comentar lo resuelto por la CSJN, merece atención la opinión del Procurador General. Él apuntó que: 1) surge inequívoca la naturaleza administrativa de la materia debatida; 2) el Instituto de Seguridad Social del Neuquén actuó como autoridad de derecho público; 3) los puntos previos obligan a considerar el caso a la luz de la ley 1284; 4) la relación entre acreedores y deudores es diferente a la del presente caso, regulada por el derecho público; y 5) corresponde a los jueces provinciales el conocimiento de causas que versan sobre aspectos propios del derecho público local, como así también el de aquellas en las que las relaciones jurídicas nacieron como consecuencia del ejercicio de funciones específicas del poder local regidas, en cuanto tales, por sus normas de carácter administrativo.

Sin perjuicio de esas oportunas consideraciones, la Corte estimó equivocadamente que el caso era análogo a “Filcrosa” y remitió a lo allí resuelto. Asimismo, tuvo la precaución de atender los argumentos del dictamen del Procurador General pero quedó tan arrinconada que debió acudir a la visión totalitaria del derecho común.⁽¹³⁵⁾ Poco a poco comenzaban a desvanecerse las razones del Máximo Tribunal. Más tarde el proceso

(134) CSJN, “Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén”, Sentencia del 19/08/2004, Fallos: 327:3187.

(135) Así, la CSJN apeló al primer método referido en la nota anterior.

culminaría, aunque no quedaría claro si la decisión obedecería al convenimiento o a la comodidad.⁽¹³⁶⁾

También es curioso que la Corte Suprema cite tanto a juristas de renombre y haya olvidado hacerlo en esta ocasión. En ese sentido, Marienhoff expresó que el plazo de la acción de daños y perjuicios por responsabilidad del Estado extracontractual debía estar fijado por el derecho público y que solo debía recurrirse al Código Civil subsidiariamente.⁽¹³⁷⁾ Ello tan solo en el orden nacional ya que “las provincias tienen competencia constitucional para establecer el plazo en que ha de prescribirse la acción por responsabilidad extracontractual del Estado cuando este actúe en la esfera del derecho público desplegando su calidad específica de Estado”.⁽¹³⁸⁾

En 2006, la Corte Suprema dictó el fallo “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”.⁽¹³⁹⁾ Con él sentó una doctrina inexpugnable en lo relativo a competencia originaria. Empero, lo que interesa es el abordaje que se le dio a varios de los puntos ya tratados con anterioridad.

La acción de daños contra la provincia había sido iniciada por los padres de un menor que falleció tras recibir un disparo de un agente policial. La pretensión estaba basada en una presunta falta de servicio imputable a la provincia y fundada en el dócil art. 1112 CC. No obstante, la CSJN decidió abandonar el concepto de “causa civil” pergeñado en el fallo “De Gandía, Beatriz I. c/ Provincia de Buenos Aires”.⁽¹⁴⁰⁾ En esa ocasión se había resuelto:

“Que aun cuando para resolver la materia civil de la causa resulta necesario enjuiciar de modo incidental o previo cuestiones de derecho público local, la consideración de estas cuestiones no tiene por fin revisar actos locales, sino apreciar su incidencia en la solución de la causa civil”.

(136) VEGA, SUSANA E. y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado”, en RAP, nº 335, 2006, p. 69.

(137) MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, p. 817.

(138) MARIENHOFF, MIGUEL S., *ibid.*, p. 820.

(139) CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, 21/03/2006, Fallos: 329:759.

(140) “De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral”, 04/05/1995, Fallos: 318:845.

En "Barreto" la Corte admitió que la doctrina anterior suponía una apertura de la competencia originaria, que conllevaba un consumo desmedido de recursos materiales y humanos. El expendio, además, estaba dado por la índole de cuestiones planteadas. Ellas, si bien referían en su mayoría a responsabilidad patrimonial de Estados provinciales por faltas de servicio, abarcaban una vasta variedad fáctica y jurídica. En atención a las altas facultades jurisdiccionales y al contexto presentado, el Máximo Tribunal optó por elevar el estándar de procedencia de causas civiles.

La CSJN también esgrimió un argumento institucional referido a las provincias. El corte de conocimiento de causas civiles, al parecer de la Corte, serviría para preservar la autonomía provincial consagrada en la Constitución Nacional, "... porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte vendría a ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales" (cons. 7º).

De esta manera la causa civil, como tal, pasó a depender de una calificación. Mientras antes bastaba con que en los casos fuesen aplicables sustancialmente disposiciones del derecho común, la Corte ahora demanda que medie aplicación exclusiva de normas y principios de derecho privado. Así, cabe adelantar, se consumó una improcedencia técnica de competencia originaria en causas en las que se ventile la responsabilidad extracontractual de un Estado provincial. Además, se colocó un doble blindaje: a las competencias judiciales provinciales no delegadas al gobierno de la Nación y a las de la CSJN.⁽¹⁴¹⁾

¿Por qué la doctrina supone un cerco definitivo? Simplemente porque ese tipo de casos, casi con seguridad, implican la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias.⁽¹⁴²⁾ Por ejemplo, en "Barreto" el bloqueo se determinó por la remisión a normas de derecho administrativo, la cual se entendió necesaria para analizar el ejercicio de la potestad pública provincial involucrada (el "poder de policía de seguridad").

(141) MORELLO, AUGUSTO M., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un doble blindaje*, Bs. As., La Ley, 2006-B, p. 597.

(142) Este segundo parámetro constituye doctrina inveterada de la Corte. Por ejemplo: "Que, por el contrario, quedan excluidas de tal jurisdicción los casos que requieren para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos o legislativos de carácter local". CSJN, "Sedero de Carmona, Ruth N. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", Sentencia del 27/07/1989.

Materia, según la Corte y con cita de Marienhoff y Fiorini, “cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes CN; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado” (cons. 10). La ecuación emerge nítida: si para resolver la cuestión hace falta analizar el régimen jurídico local, no procede la competencia originaria. Incluso se detalló que la exclusividad de normas y principios de derecho privado debe corresponder a: (a) lo concerniente a la relación jurídica de que se trate; (b) los presupuestos de responsabilidad patrimonial; y (c) la determinación y valuación del daño resarcible.

Conjuntamente, el Máximo Tribunal se despachó sobre la naturaleza normativa del Código Civil. En ese sentido, recalcó que la invocación de disposiciones contenidas en ese cuerpo no colma el esquema a completar. Primero porque los principios reunidos en el Código Civil —entre ellos el de responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— no son patrimonio especial del derecho privado “pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas” (cons. 12). Segundo, porque si la aplicación subsidiaria de normas de derecho común se produjese por ausencia de normas de derecho público local, esas normas en realidad pasarían a integrarse al plexo de principios de derecho administrativo.

Es imperioso detenerse en los argumentos de la Corte Suprema. Luego, aparte de la reflexión obvia sobre la restricción de causa civil, surge que se afinó el concepto de falta de servicio como vulneración de un requisito normativo específico. En consecuencia se podría fundar el reclamo de daños en el art. 1112 pero sabiendo que ello probablemente implique un reenvío a la normativa local, materializando el efecto pronosticado por Reiriz.

Por otra parte, “Barreto” ha fomentado una separación categórica en el matrimonio —longevo, por cierto— entre el Código Civil y el derecho privado. Con ella se ha cargado el vigor de la teoría única del responder o enfoque *iusprivatista* de la responsabilidad del Estado. Esa teoría defendía la regulación en el Código Civil y con alcance nacional del régimen de responsabilidad estatal basándose en la unicidad de principios que rigen la responsabilidad. No obstante, bajo el parámetro actual del Máximo Tribunal, ni todos los principios corresponden al Código Civil ni puede evitarse la referencia a normativa local para concretar el marco de responsabilidad.

Por ende, si el derecho privado ya no tuviese un patrimonio exclusivo sobre una materia —ni sobre el Código Civil—, con mayor razón las provincias —y la Ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional— tendrían competencia suficiente para regularla en sus ámbitos. Si quedase alguna duda, el razonamiento de la Corte la disiparía, ya que aun como normas de derecho común serían integradas al derecho administrativo local.

En su defecto quedaría por analizar el criterio opuesto, que denomino “Barreto acotado”. Si los principios no son patrimonio exclusivo de ninguna rama y el Código Civil no repeliese normas por su esencia, podría postularse entonces la regulación íntegra de la responsabilidad estatal en ese cuerpo normativo.⁽¹⁴³⁾ Sin embargo, tal teoría encontraría un obstáculo en el segundo parámetro, que propone la integración al derecho provincial.⁽¹⁴⁴⁾ En rigor, no sería un segundo parámetro sino que respondería a uno primario o anterior: la responsabilidad del Estado es, por vinculación, materia local y ni siquiera su inclusión en el Código la puede exceptuar de esa condición.

A lo anterior podemos agregarle que la doctrina “Barreto” entra a jugar con “Mosca”. Conforme a los criterios del primer fallo, la delimitación

(143) Ramón Pizarro opina: “Ponderar si hubo o no falta de servicio, supone en la mayoría de los casos, indagar sobre una gran diversidad de aspectos fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia derivada de aquella, o regulados por el derecho común y el derecho público local, lo cual puede tornar aplicable, también en esta materia, la normativa provincial, imponiendo someter dichas cuestiones a los tribunales competentes. Nos parece que ese es el sentido que tiene la actual jurisprudencia de la Corte Nacional, a partir de la doctrina sentada en “Barreto”, en cuanto admite la aplicación de normas de derecho público local a la responsabilidad del Estado, al tiempo de acortar la noción de causa civil y de restringir su competencia originaria. Pero una vez producido el daño, su reparación se rige por las normas y principios de derecho común que deben ser aplicadas paritariamente en todo el territorio de la Nación, salvo claro está que una disposición de derecho público igualmente común disponga lo contrario. Remarcamos que en “Barreto”, la propia Corte se encargó de precisar que para resolver las cuestiones sobre responsabilidad del Estado deba acudirse a normas del Código Civil ‘pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por los daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y la naturaleza de la relación de que se trate’ (considerando 12)”. PIZARRO, RAMÓN D., *La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012*, Bs. As., La Ley, t. 1, 2013.

(144) Ver CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, cit, cons. 12: “Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo”.

de las potestades públicas supone el reenvío a regímenes determinados. Solamente de esa manera se puede precisar la irregularidad de la función que provoca el daño imputable al Estado. Luego ese escenario impide la competencia originaria de la CSJN por no tratarse de una cuestión exclusivamente civil. Según lo decidido en "Mosca" la determinación de la falta —no solo de las omisiones—⁽¹⁴⁵⁾ presupone la descripción de la extensión del servicio. Si bien en "Mosca" no se concretizó el deber omitido, el análisis sí fue perpetrado en "Juárez"⁽¹⁴⁶⁾ y en "Baeza",⁽¹⁴⁷⁾ entre otros fallos.

Todo ello, en suma, arroja tres resultados. Dos directos y otro que exige un esfuerzo hermenéutico. Primero, la remisión a la regulación local, ya que se encarga de reglar las funciones estatales según la potestad o servicio de cada caso. Segundo, a la jurisdicción local. Tercero, se afirma el régimen de responsabilidad estatal local por vinculación a la atribución competencial. Este último punto tiene una sencilla explicación: la responsabilidad del Estado correspondería a la competencia normativa local en tanto se halla inmediatamente ligada a la disposición de la actividad estatal. La responsabilidad estatal es el complemento necesario de la organización estatal y su funcionamiento; y su determinación —en lo concerniente a hechos, actos y omisiones— siempre dependerá del alcance de las potestades atribuidas por autoridades locales.

Por otra parte, lo decidido por la Corte en esos fallos consagra el ridículo del art. 1112 como fundamento normativo. A su vez, crea un enigma hasta ahora irresuelto: ¿es posible que la CSJN conozca un caso de responsabilidad del Estado por falta en instancia originaria? Todo parece indicar que no o que, al menos, se trataría de un verdadero "caso de laboratorio". Ni profesores ni compañeros de posgrado pudieron pergeñar un supuesto que venza a "Barreto". En ese orden de ideas, si la finalidad era reducir la pila de expedientes, la decisión fue acertada.

En paralelo, también en 2007 se conoció un precedente neuquino —"Corvin S.A. y Corvin Neuquen S.A. c/ Instituto Provincial de la Vivienda

(145) VEGA y ROTAECHÉ, "La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso 'Mosca'", *op. cit.*, p. 302.

(146) *Fallos*: 330:4113.

(147) *Fallos*: 334:376.

y Urbanismo s/ acción procesal administrativa”⁽¹⁴⁸⁾ que avaló gran parte de lo expuesto, acusando recibo de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema. Al abordar el caso, el Tribunal Superior —en el voto del miembro Eduardo F. Cía, al que luego adhirieron los miembros restantes— inició su análisis en la procedencia de la defensa de prescripción. Para ello se propuso determinar si resultaba aplicable el plazo quinquenal de la legislación local o el decenal del Código Civil. Rápidamente, el Tribunal Provincial refirió a lo decidido por la CSJN en “Verdini” pero optó por distanciarse en virtud de la normativa de derecho público local involucrada. A lo que añadió:

“Y reafirma tal posición, la postura sostenida por la Corte —en su actual composición— *in re 'Barreto, Alberto D. y Otra c/ Provincia de Buenos Aires y Otro'*, de fecha 21/03/2006 (...) La relevancia de este en lo que aquí importa, está dada en que la Corte Nacional (...) brinda argumentos en pos del reconocimiento del derecho de las provincias a regirse por sus propias instituciones, y de la conservación de su autonomía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, dispuesto por el art. 121 CN, sin más limitaciones que las enumeradas por el art. 126.”⁽¹⁴⁹⁾

Acto seguido, el tribunal neuquino se encargó de justificar el apartamiento de “Filcrosa”. Para lograrlo, admitió que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local. Sin embargo, eso no anula la posibilidad de su regulación específica en el ámbito del derecho administrativo, con sus particularidades. Entre estas últimas se encuentran las notas propias de esa rama, especialmente el interés público que dirige la actividad administrativa. Consiguientemente, ese interés público dota de diversas connotaciones sustanciales al régimen jurídico y al contenido de las relaciones establecidas en consecuencia. Esto llevó a concluir:

“Por ende, la regulación de la prescripción en el derecho administrativo con sus particularidades y principios —que incluye los plazos para las distintas acciones— difiere de aquellas que corresponden a otras ramas del derecho, siendo allí donde

(148) TSJ NEUQUÉN, “Corvin S.A. y Corvin Neuquen S.A. C/ Instituto Provincial de la vivienda y urbanismo s/ acción procesal administrativa”, Sentencia del 02/05/2007.

(149) “Corvin S.A. y Corvin Neuquen S.A. C/ Instituto Provincial de la vivienda y urbanismo s/ acción procesal administrativa”, cit.

reside la justificación de su específico régimen dentro de la materia que nos ocupa".⁽¹⁵⁰⁾

Más adelante, se precisó que el problema se da, justamente, en legislaciones que no prevén un plazo especial de prescripción para acciones contra el Estado. No obstante, en este caso aquél no era un inconveniente y por ello no hacía falta considerar las soluciones establecidas en el Código Civil. En ese sentido, el Tribunal Superior consideró que el derecho administrativo tiene carácter local, fundado en los arts. 121 y subsiguientes de la CN. Bajo ese prisma la prescripción fijada en la ley 1284 deviene absolutamente legítima.⁽¹⁵¹⁾ Desde esa mirada se consideró que, al momento de la promoción de las acciones —se hace un distingo entre la de recomposición y la de nulidad del acuerdo—, ya había operado el plazo quinquenal de prescripción. Por lo tanto, se hizo lugar a la defensa planteada y se rechazó la acción de las empresas.

Luego, a los fines de este trabajo, restaría averiguar si la responsabilidad del Estado también puede ser regulada por el derecho administrativo a nivel local. Si bien la remisión a la normativa local para la determinación de la responsabilidad ya sugiere una respuesta parcial, es pertinente asentar que la materia referida necesariamente se enmarca en una concepción amplia de derecho administrativo. O, al menos, en una noción respetuosa de los derechos de los administrados que son los principales interesados en la existencia de un sistema coherente y preciso para perseguir la reparación de perjuicios ocasionados por la actividad estatal. Aunque aborde institutos generales del derecho, la responsabilidad del Estado demostró que demanda un régimen diferente al previsto actualmente en el Código Civil. El ordenamiento constitucional, buena parte de la doctrina y la jurisprudencia contemporánea dejan aflorar razones convincentes para su regulación a nivel local. Claro que esa última premisa enfrentará el estándar

.....
(150) Punto XI del voto del vocal Cía en fallo comentado.

(151) En concreto, se estipuló que: "Y a tenor de lo que surge del art. 75 inc. 12 y 126 CN, las provincias no han delegado a Nación la competencia para el dictado de normas de derecho administrativo, conservando estas la facultad para regular la materia, de la que no resulta ajena el instituto de la prescripción como principio general del derecho, pero con las particularidades del derecho administrativo. Ello así en tanto los artículos citados en el párrafo que antecede, establecen que el Congreso tiene atribuidas facultades para dictar los códigos que en dichas normas se enumeran (Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados), sin que alcance la materia administrativa".

armónico e igualitario establecido por la CADH y, entonces, la solución final devolverá las ciertas posibilidades de solución a las dos utopías.

Finalmente, la CSJN resolvió en 2012 el fallo “Rodríguez Pereyra”⁽¹⁵²⁾ que cobró fama por sintetizar las doctrinas de control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio, ya expresadas anteriormente en “Mill de Pereyra”⁽¹⁵³⁾ y “Mazzeo”.⁽¹⁵⁴⁾ Pero para llegar a una decisión la Corte avanzó sobre el alcance de la responsabilidad y, en concreto, consideró que el principio del art. 19 CN —no perjudicar los derechos de un tercero— tiene un correlato necesario en la reparación. Asimismo, precisó que el principio se halla reglamentado, sin carácter exclusivo ni excluyente, en el Código Civil.⁽¹⁵⁵⁾ De todos modos, con ello no se pretendió proyectar la regulación única a través del derecho común, ni se recurrió a la cuestionable figura del “instituto general del derecho”.

¿Qué envuelve entonces “Rodríguez Pereyra” en materia de responsabilidad del Estado? Un simple llamado de atención: deben existir pautas de reparación mínimas que resguarden el principio *alterum non laedere* y que eviten limitaciones “... que impliquen ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28)”.⁽¹⁵⁶⁾ Los sistemas de reparación de daños deben observar pues, una relación suficiente entre la afectación y el resarcimiento para ostentar validez constitucional. En consecuencia, dicha base —de raigambre constitucional y convencional— se aplicará eventualmente a regímenes especiales, como los de responsabilidad del Estado.⁽¹⁵⁷⁾

.....
(152) Fallos 335:2333.

(153) Fallos 324:3219.

(154) Fallos 330:3248.

(155) Consid. 18: “... esta Corte ha dicho que el ‘principio general’ que establece el art. 19 CN, según el cual se ‘prohibe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero’, se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’, y que la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (Fallos: 308:1118 y 327:3753).

(156) Consid. 20.

(157) CARDUCCI, PABLO, *op. cit.*; FALCÓN, JUAN PABLO, *Mensajes y metamensajes. A propósito del fallo “Rodríguez Pereyra”*, Bs. As., La Ley, 2013-B, p. 63.

8 | Anteproyecto y Proyecto de Código Civil y Comercial

El escenario descripto indica que, en lo concerniente a la responsabilidad del Estado, las provincias y la CABA asumieron una competencia regulatoria que no pudieron ejercer acabadamente. Además, el Código Civil tampoco abarcó la materia de modo especial y sus normas cayeron en desuso o inutilidad. Todo esto refuerza la formulación de una solución integral para la responsabilidad estatal. En ese sentido, se agrega que la CSJN avanzó con la delimitación de los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita y lícita. Si a eso se le suma el reconocimiento —aunque quizás involuntario— operado en “Barreto”⁽¹⁵⁸⁾ y jurisprudencia posterior, se allana la vía para la normativización sustancial y formal.

Sin embargo, el presente estado de cosas insinúa que permanecen discusiones en torno a dónde o a quién. Pese a que desde muchos rincones se solicita la sanción de reglas sobre la responsabilidad del Estado y hasta se consiente el desarrollo jurisprudencial de diversos elementos, no se acuerda el canal por el que debe conducirse el próximo paso. En efecto, el profundo alcance de la discordancia se evidenció tras la publicación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial y su posterior modificación. Conviene precisar lo sucedido.

En febrero del 2012 se dio a conocer el mentado Anteproyecto, elaborado por una Comisión integrada por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, conforme a lo dispuesto por el decreto 191/2011. La iniciativa contenía tres artículos sobre responsabilidad del Estado y del funcionario. Ellos eran los siguientes:

“Art. 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

(158) En este punto, también me permito disentir con Cuadros, para quien Barreto avaló una ampliación de competencias normativas provinciales. En tanto, en mi opinión correspondería referir a una ratificación. CUADROS, OSCAR, “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial”, DJ13/02/2013, 1 - LLBA2013 (febrero), 1.

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.

Art. 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario o empleado público es responsable 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.

Art. 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 solo 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 art. 1764 separaba el supuesto del actual art. 1112 con el concepto delineado en “Mosca” sobre la determinación de la falta —aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita—. Tal distingo consiguentemente dio base para que la responsabilidad del funcionario fuese prevista en otro artículo, aunque prescrita en concurrencia con la del Estado. El art. 1766 se dedicó además, a la responsabilidad por actividad lícita.

En líneas generales la propuesta compendiaba jurisprudencia sobre cada uno de los supuestos. Naturalmente, esa reproducción salvaba discusiones en la medida que se considerasen ya agotadas. Por mi parte estimo que, aun transplantando resoluciones judiciales anteriores, quedaban varios puntos por debatir. Sin ir muy lejos: 1) la predeterminación del factor objetivo de atribución en el art. 1764; 2) la responsabilidad concurrente del funcionario o del empleado público; 3) la afectación desigual de intereses como requisito de procedencia para la reparación ante daños provocados por actividad estatal lícita; y 4) la limitación del resarcimiento en ese supuesto.

En lo sustancial, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial representaba un avance pero tampoco es un elixir para la responsabilidad estatal. En mi opinión, esas disposiciones no solo generaban nuevas discusiones sino que olvidaban otras tantas. Por ende la tríada apenas aportaba una

manta corta para la responsabilidad del Estado. Analizada estrictamente, cobijaba algunos temas y dejaba varios a la intemperie. No obstante, algún lector desprevenido podría intuir que los autores del Anteproyecto fundamentaron propiamente esas previsiones. Lamento comunicarle que los fundamentos no son profundos, en tanto remiten de forma directa a jurisprudencia que transpone el contenido de los artículos.⁽¹⁵⁹⁾

Por otro lado, cuesta entender por qué dos de los autores —o, al menos, firmantes— del fallo “Barreto” avalaron la regulación de la materia aludida en el Código Civil y Comercial. La doctrina de esa decisión parecería apuntar, en sentido opuesto, a la del Anteproyecto. A su vez, esto avivaría la intensidad del argumento pragmático en detrimento de las cuestiones de fondo. En otras palabras, daría la razón a quienes advirtieron en ese fallo, primero, la búsqueda de la comodidad y segundo, la coherencia jurídica. Con todo, vale rescatar que la doctrina Barreto, aun en ese tenor, continuaría vigente ya que la situación permanecería invariable en lo que hace a la determinación de la falta y así se evitaría la competencia originaria. Es decir que, si la finalidad principal y única de aquella resolución de la CSJN era reducir el número de expedientes, se puede afirmar que el art. 1764 también estaba diseñado para aliviar su trabajo judicial.

Ese esquema, además, enseña a no confiar en la jurisprudencia de la Corte. Su oscuridad y fragilidad me demuestran que no favorece, por sí misma, la construcción de soluciones jurídicas. Quizás muchos lo tengan claro. Sin embargo, el público más numeroso se deja llevar fácilmente por la fuerza orgánica, omitiendo que la impronta de la fuente no es un argumento absoluto. La regulación de la responsabilidad del Estado constituye una obra de ingeniería jurídica que excede lo que tenga para decir el Máximo Tribunal. De hecho, el Anteproyecto arrincona a los efectos primarios de “Barreto” y reactiva la amenaza: su interpretación como mera banalidad procesal. Por fortuna, y como ya se indicó, los efectos secundarios desbordan ese fallo, lo cual ya ha fomentado que un tribunal provincial lo tome para ir contra cuestiones ya resueltas. Inclusive, en base a lo señalado, es posible inferir que no se trató de efectos secundarios sino llanamente de efectos indeseados. En paralelo, el camino exegético del Anteproyecto se condice con el criterio de “Barreto acotado”.

(159) [En línea] <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Empero, y por más efímera que sea la jurisprudencia de la CSJN, parece que habilitó un carril regulatorio local para la responsabilidad del Estado y que le resultará muy difícil revertir. Máxime si se tiene en cuenta el mecanismo de remisión formulado en “Mosca”.

De esta forma, según lo expuesto anteriormente en este trabajo, existe un cúmulo de elementos y concepciones que sugieren una solución. A pesar de ello, y aun con tropiezos, emerge una postura contraria. Esa es, en resumidas cuentas, la polémica que disparó el Anteproyecto y su posterior modificación. Hay razones para optar por cualquiera de los criterios. Lo que se busca aquí, justamente, es denotar la validez argumentativa de cada uno de ellos. Presentado el Anteproyecto, el Poder Ejecutivo Nacional introdujo cambios. El Proyecto, en su estado actual, reza:

“Art. 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Art. 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

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 rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Ahora entonces, la iniciativa legislativa se ha colocado casi en las antípodas del texto elaborado por la Comisión de jueces. La responsabilidad del Estado, del funcionario y del empleado público han sido extrapoladas y redirigidas al derecho local; y se prevé la inaplicabilidad de normas del cuerpo a sancionarse a esas materias.

Por su parte, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación dijo —en ocasión de una reunión de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos— que las modificaciones operadas tuvieron como fin resguardar el federalismo, conforme al art. 121 CN. Y ello en virtud de que el Poder Ejecutivo considera que la responsabilidad del Estado y del funcionario es un tema que concierne

al derecho administrativo y es ajeno al derecho civil.⁽¹⁶⁰⁾ Sin embargo, luego prosiguió con una lectura de lo resuelto por la CSJN que, como fue expuesto, coadyuva a la regulación local pero no la determina directa ni expresamente. Por ejemplo, refirió el Ministro que

“... la posición del Poder Ejecutivo se ajusta a la doctrina actual de la Corte en la causa ‘Barreto’, donde se sostuvo que la responsabilidad del Estado corresponde al ámbito del derecho administrativo y que la responsabilidad estatal encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado. Quiero reiterar los párrafos del fallo ‘Barreto’ del 21 de marzo de 2006: ‘La responsabilidad del Estado corresponde al campo del derecho administrativo. La responsabilidad estatal encuentra sus fundamentos en principios extraños a los propios del derecho privado’”.

Tales dichos no son exactos en tanto reproducen erróneamente lo decidido por la CSJN. El Máximo Tribunal utilizó esos términos para el “poder de policía de seguridad”. En todo caso, facilitó la atribución de regulación local de responsabilidad del Estado por la reconducción a la base normativa vinculada a la determinación de la falta.

A partir de las dos tríadas se suscitó un debate jurídico, político y hasta periodístico sobre la responsabilidad estatal. De todo ello, se pretende enfatizar solo el primer aspecto.

A raíz de la “supresión” realizada por el Poder Ejecutivo, que estrictamente se trató de una sustitución o modificación, el estupor transmitido por los medios periodísticos se trasladó, aunque morigerado, al ámbito jurídico. Así se multiplicaron las alusiones a la supuesta “irresponsabilidad” e “inseguridad jurídica”. De ambas formas, conviene aclarar, se recurría al falaz argumento de la desolación regulatoria: al no preverse normas sobre responsabilidad del Estado en el Código a dictarse o al admitir la remisión a ordenamientos locales, se incurría en alguna de esas dos consecuencias negativas. Por ello, lo que subyace —o lo que prima— en esos razonamientos es, en realidad, desconfianza.

(160) Versión taquigráfica de la Reunión del 21/08/2012 de la Comisión Bicameral Permanente para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, [en línea] <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-21-08.html>

En ese sentido, muchas críticas presuponen que la propuesta del Proyecto concluiría en desigualdades, eximiciones y asimetrías. He señalado cuáles son las vías para regular la responsabilidad del Estado respetando una base igualitaria a nivel nacional. Asimismo, he advertido que sus ejecuciones son difíciltosas y hasta quizás utópicas. Sin embargo, opté por no desprestigar lo que aún no fue realizado. Si el sistema constitucional indica alternativas regulatorias válidas, habrá que perseguir su compatibilización y optimización, independientemente de los incordios que arrastren.

Pizarro, por ejemplo, estima que la solución del Proyecto conduce a un mosaico normativo despojado de parámetros unitarios.⁽¹⁶¹⁾ No obstante, reconoce que irremediablemente las normas locales sobre responsabilidad del Estado tendrían que respetar el anclaje constitucional y convencional y un tope mínimo de requisitos y derechos (que imputa al Código Civil). Sin perjuicio de ello piensa que es altamente probable que el derecho local fije estándares de protección inferiores y exigencias de admisión superiores.⁽¹⁶²⁾

Empero, el argumento central de Pizarro reside en la igualdad —genérica, no jurisdiccional— de los damnificados. Según su concepción no hay criterio válido para distinguir entre la afectación por actividad estatal o por un mero tercero.⁽¹⁶³⁾ Esa idea redirige la discusión, en efecto, a una etapa previa: si merece siquiera haber un régimen especial de responsabilidad del Estado. Por mi parte, considero que el desarrollo histórico, normativo y jurisprudencial denota la necesidad del mismo. En ese sentido, las normas civiles se comprobaron inadecuadas y las soluciones judiciales, aunque pacíficas, terminaron por deformarlas para adaptarlas. Por ello, la responsabilidad del Estado se inserta en un diseño jurídico complejo que postula la creación de reglas específicas, no para discriminar afectados sino para aumentar su

(161) PIZARRO, RAMÓN, *op. cit.*, p. 2.

(162) PIZARRO, RAMÓN, *ibid.*, p. 3.

(163) "El sistema proyectado conducirá a que haya fuertes asimetrías en el derecho resarcitorio de los damnificados del obrar estatal, según quien haya sido el dañador y el dañado. Y ello determinará que, tarde o temprano, el Estado Nacional sea internacionalmente condenado por organismos supranacionales de derechos humanos, por falta de regulación y operatividad de la responsabilidad estatal en forma paritaria para los ciudadanos del país. A quien es aplastado por un automóvil, le importa poco que vehículo fuese manejado por un particular, o por un empleado de la administración pública nacional, provincial o municipal. Su derecho a la reparación no debería variar por cualquiera de dichas circunstancias", *ibid.*, p. 4.

amparo y garantizar una mayor eficiencia del aparato estatal. En resumen, hay una diferencia sustancial entre el reproche de la existencia de normas y su alcance. Hoy parece que los esfuerzos deben concentrarse en el segundo elemento, sabiendo que no conlleva la desprotección de ciudadanos.

En una postura similar a la comentada se precisa que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, derivando las materias examinadas a la legislación nacional o provincial,

“... implica en los hechos, bastardear la obligación de responder por daños, que según la Constitución Nacional y el derecho natural debe atribuirse al Estado (...) solo en el derecho privado, específicamente en el Código Civil y leyes complementarias (como es, por caso, la ley del consumidor), se encuentra el camino ya hecho para lograr una adecuada reparación en justicia del daño que ha sufrido un particular”.⁽¹⁶⁴⁾

El autor agrega que las normas administrativas de responsabilidad estatal no existen. Y que, en caso de existir, no tienen aptitud para regular aceptablemente el derecho de daños. Patentemente, esa construcción teórica omite varios puntos y asume *a priori* el fracaso de otros. Sin embargo, también olvida precisar cuáles son las normas civiles que, desde el derecho de daños, acogen positivamente la responsabilidad del Estado. Cuadros formula una respuesta en su mencionada obra, la cual puede o no compartirse. Pero este no es el caso citado, ya que eleva injustificadamente al sistema civil —que sí omitió la responsabilidad del Estado o la receptó con flagrantes fallas—, al tiempo que denuestra la eventual regulación local presumiéndola inepta. A la inversa, opino que no se aprecia gran obstáculo para que una legislatura sancione un conjunto de normas que se adapte a las concretas funciones y extensiones de la actividad pública local. En ese orden de ideas, quizás resulta más correcto y precavido no intentar asimilar estructuras estatales que se dirigen y desempeñan de formas distintas. Aunque allí sí aparece nuevamente el principio igualitario en su faceta sustantiva que se traduce en el requisito de una base nacional de garantías, mas no en una identidad total de las reglas a sancionarse en diferentes ámbitos jurisdiccionales.

(164) CASIELLO, JUAN J., “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto de Código”, La Ley 2013-E, 1.

Se esgrime, a su vez, que la remisión efectuada en el Proyecto no satisface el principio de certeza o seguridad jurídica, en tanto no provee pautas de predictibilidad ni reglas claras.⁽¹⁶⁵⁾ Ahora bien, para Mauricio Boretto, los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto sí receptaban correctamente la responsabilidad del Estado con buena técnica legislativa, claridad conceptual y sin que por ello fueran inconstitucionales por condensar pacífica jurisprudencia de la CSJN (lo cual no es un parámetro de constitucionalidad en este caso). En cambio, el reenvío a normas de derecho administrativo local aún no sancionadas —o no sistematizadas— conspiraría contra la concreción de aquel principio. De nuevo, pues, el problema reside en lo que las provincias, la CABA y el Estado Nacional no podrían prescribir, o bien en la imposibilidad de hacerlo de forma tan ordenada y segura como el Código Civil.

Otra supuesta gran falencia del Proyecto estaría dada por la inaplicabilidad directa o subsidiaria prevista por el art. 1764. Así, para Pizarro se trata de una limitación inconstitucional, mientras que para Juan Carlos Cassagne es una solución coherente.⁽¹⁶⁶⁾ Más allá de la polémica que pueda suscitarse, por mi parte no percibo mayores dificultades. Una vez demostrado que la responsabilidad estatal exige reglas afines, pierde trascendencia el debate en torno a la aplicación de otras normas para casos no previstos, los que tendrán un alcance residual. De todos modos, siempre vale la pena recordar el pensamiento de Linares sobre este asunto.⁽¹⁶⁷⁾

Conviene, a su vez, traer a colación algunas consideraciones expresadas en un evento realizado en la Facultad de Derecho de la UBA en abril de 2013. En una mesa integrada por varios profesores se propuso, como eje de discusión, la propuesta del Proyecto de Código Civil y Comercial. Tal como se podía presumir, se instalaron dos posturas. Sin embargo, no se escudaban en la defensa o el ataque de la iniciativa sino que respondían a criterios generales. Pese a que redundaban en varios argumentos ya abordados, es útil repasarlas.

(165) BORETTO, MAURICIO, *Reformas al Derecho Privado Patrimonial: en busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil*, La Ley, RCyS2013-III, 54.

(166) PIZARRO, RAMÓN, *op. cit.*; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*, Bs. As., La Ley, 2012-E, 1202.

(167) LINARES, JUAN FRANCISCO, *op. cit.*

La primera postura sostenía que la responsabilidad del Estado se halla vinculada a cuestiones de derecho público. Estas últimas, por resultar distintas del derecho privado, no podrían estar integradas en el Código Civil. Derecho público y privado son sistemas con principios autónomos e independientes que arrojan diversas soluciones, incompatibles entre sí. Luego, el deslinde constitucional de competencias lleva a exceptuar la responsabilidad estatal del Código Civil y Comercial, sin por ello prescindir de la aplicación analógica en cuanto fuera pertinente. A esto se añade que la Corte Suprema no habría demarcado con nitidez la separación entre el derecho público y privado, aunque en su momento reconoció primacía normativa en varias materias a este último. En síntesis, conforme a estos postulados, el Proyecto respetaría la singularidad del derecho público y la distribución competencial constitucional. Por ello, cada provincia, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional deberían regular la responsabilidad del Estado.

Desde la otra vereda, se respondía que solo puede pregonarse la existencia de un único ordenamiento jurídico. Asimismo se sostenía que la teoría del responder halla fundamento constitucional en el art. 19 CN. En ese sentido, se hizo hincapié en que “Barreto” tuvo apenas efectos procesales, respaldando la mirada acotada del fallo. Por consiguiente esta postura acompaña la inclusión de la responsabilidad del Estado en el Código. En definitiva, cuestionaba severamente la modificación del Poder Ejecutivo, sin hesitar al momento de expresar sus miedos por una eventual desregulación. Y aparecía una última duda: el art. 1764 del Proyecto podría suponer la inaplicabilidad total al ámbito público, lo cual agravaría más el estado de cosas.

9 | El Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado Nacional y la ley 26.944⁽¹⁶⁸⁾

Si bien el Proyecto de ley de Responsabilidad del Estado Nacional (PLREN) se dio a conocer el 14 de noviembre de 2013, fue ingresado en el Congreso dos días antes. No se trató de un error ni de una casualidad sino que su publicidad coincidió con el tratamiento del Proyecto de Código Civil y Comercial. En rigor, hace ya varios días aquel Proyecto venía acaparando la atención y la regulación de la responsabilidad del Estado era uno entre tantos asuntos conflictivos que suscitaba. Urgidas por la inminente

(168) Sancionada el 02/07/2014; publicada en BO 08/08/2014.

conclusión del año legislativo, las fuerzas políticas y religiosas aprovecharon para trenzarse otra vez en disputas banales. Tristemente y con preocupante frecuencia, la sanción de normas sirve de ocasión para medir influencias y no tanto para debatir aspectos jurídicos y sociales relevantes. De esa manera, se pone atención en escaparates partidarios o personales, en desmedro de la calidad de las enmiendas legislativas.

El jueves 16 de noviembre, mientras la Comisión Bicameral se reunía para tratar el Proyecto de Código, se filtró el Proyecto de ley de Responsabilidad del Estado Nacional (en adelante, PLREN). Ahora bien, el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN) ya había determinado la exclusión de la materia del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, por lo cual tampoco sorprendió mucho que introduzca una propuesta por separado. En cambio, sorprende que se haya dejado pasar la oportunidad de fundar y regular propiamente la responsabilidad del Estado. Probablemente haya sido tan solo una víctima de las peleas políticas.

Los fundamentos del PLREN giran en torno a conceptos referidos incansablemente por la doctrina y jurisprudencia, pero que poco sirven para derivar una respuesta que zanje discusiones en torno a la regulación de la materia implicada. Dejando de lado exclamaciones del caso como “principios cardinales” o “verdadero hito”, la justificación del PLREN se centra en la noción —su mera invocación— de derecho público.

En primer lugar, en el PLREN se menciona que la responsabilidad del Estado es distinta de la prevista en el derecho privado: “... mientras en el derecho civil la responsabilidad focaliza su mirada en la víctima del daño, en el derecho público se tienen en cuenta los intereses de la víctima en armonía con los intereses públicos”. Y se añade que “... la responsabilidad estatal atiende a la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad”. Sin perjuicio del esfuerzo del PEN, aquí se intenta indicar que, aun cuando esos conceptos puedan asistir a una definición, no son argumentos autosuficientes, ni plenamente certeros. La dicotomía público-privado no es total. El derecho privado no se limitaría a una protección de las víctimas de perjuicios, entendida como expresión de solipsismo antojadizo. En todo caso, la responsabilidad del Estado no puede ser abarcada por normas del derecho común —y civil— previstas para relaciones en las que no participan elementos determinantes en el despliegue de funciones estatales.

Paralelamente el derecho público tampoco implicaría equilibrio automático entre un afectado y la comunidad. En todo caso, traduciría formulaciones entre las interacciones del Estado —y sus diversas actividades, proyecciones y medios— y los ciudadanos. El Estado hace y deja de hacer supuestamente para garantizar intereses públicos; y se le permite hacer en tanto ostente legitimidad y efectividad pertinente. Cabe resaltar, una vez más, que se atribuyen competencias a entidades públicas siempre que se advierte que es un canal conveniente para materializar progresos colectivos. Así, el sistema de responsabilidad del Estado viene a corregir desajustes que pudieran ocurrir sin perder de vista que, en esos casos, el ciudadano es el acreedor y no primariamente un deudor, lo cual debe aclararse porque de otras maneras se arriba a tergiversaciones teóricas que terminan acotando el alcance de la reparación arbitrariamente.⁽¹⁶⁹⁾

Más adelante, en el PLREN se enuncia que se trata de una cuestión propia del derecho administrativo, sin brindar más razones, sin detallar ni referir qué involucraría esa rama, más allá de que se denuncia su “autonomía adquirida” del derecho privado. Por ende corresponde interpretar que la razón primera es el desprendimiento del derecho público, máxime al leer que la sanción de la iniciativa permitiría que el Estado “... sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público”. En ese sentido, se toma esa distinción como apoyo para: 1) excluir la aplicación directa o subsidiaria de disposiciones del Código Civil; y 2) expresar que cuenta con factores de atribución —falta de servicio y sacrificio especial— que no existen en el derecho privado. De nuevo, y vale repetirlo, la cuestión no pasa por su inexistencia en el derecho privado sino en el derecho común. Luego, por indagar si la construcción de soluciones especiales para la responsabilidad del Estado se conduce por este último carril o si el diseño constitucional las canaliza por otra vía y por qué.

Por otro lado, se esboza el carácter local del derecho administrativo para invitar a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a adherir a los términos de la eventual ley. Caben varios reparos. Primero, no se cita ninguna norma de la Constitución Nacional ni se hace atisbo alguno por justificar esa condición. Esto, no por casualidad, obedece a un defecto precedente

(169) Alcance que, de acuerdo a los fundamentos, sería distinto en el marco del derecho público. Ver párrafo sexto del PLREN.

que consiste en la búsqueda de sustento en las esencias del derecho público y no, en primera instancia, en el vigente marco constitucional. Segundo, jamás se puntualiza que el Proyecto está solo dirigido al Estado Nacional (aludiéndose al “Estado”). Tercero, se invita a otras jurisdicciones a adherir y no a sancionar regímenes sustancialmente similares o aun más provechosos para los particulares.

En cuanto al contenido, se anuncia que el PLREN consagra y sistematiza la jurisprudencia consolidada de la CSJN. ¿Es aquello un mérito o una salida fácil de potenciales objeciones? Por lo pronto es un lugar común al que apelan también muchos doctrinarios para argumentar livianamente aquello que no quieren o no pueden justificar. Luego, habría que medir la fidelidad de esa consagración.

En el art. 1º de la ley 26.944 —Ley de Responsabilidad del Estado (en adelante, LREN)— se prevé la responsabilidad objetiva y directa del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.⁽¹⁷⁰⁾ Pareciera que los autores del Proyecto leyeron y tomaron nota del fallo “Mosca”.⁽¹⁷¹⁾ Aunque claro, en ese fallo se hacía expresa referencia a la responsabilidad extracontractual por el hecho de sus agentes, precisión que fue omitida en el Proyecto.

En cuanto al carácter objetivo, valen las consideraciones ya conocidas sobre su relatividad. Puede pregonarse en algunos casos pero no en todos. No faltan los autores que lo niegan o lo cuestionan, como así tampoco fallos en los que, aun partiendo de la presunta construcción objetiva, se debió comprobar la subjetividad para dar lugar a la reparación.⁽¹⁷²⁾

(170) Este art. 1º del PLREN prescribe también que “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”. No se advierten razones suficientes en los fundamentos del PLREN ni en el debate en la Cámara de Diputados para fijar esta improcedencia. En muchos supuestos, ese tipo de sanción no solo es procedente sino necesaria para forzar el cumplimiento del Estado.

(171) En cuyo consid. 6º se estableció: “Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta 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 (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva”. CSJN, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, cit.

(172) CSJN, “Schauman de Scaiola, Martha S. c/ Provincia de Santa Cruz y otro ”, 06/07/1999.

La responsabilidad directa, por su parte, asalta menos preocupaciones, a pesar de que varias conjeturas van en sentido opuesto. Asimismo, es congruente con la teoría del órgano recibida en sucesivos fallos.

De todos modos, no fue debidamente contemplada la forma en que esa solución debiera conjugarse con la responsabilidad del funcionario o agente, prevista en el art. 9º de la LREN. En efecto, en caso de poder demostrarse la culpa⁽¹⁷³⁾ del agente interviniente, se admitiría que el afectado elija accionar contra aquel, contra el Estado o contra ambos. En el segundo supuesto el Estado, posteriormente, tendría una acción de repetición con igual plazo de prescripción —exiguo, por cierto—⁽¹⁷⁴⁾ contra el funcionario. En suma, la LREN concede dudas y posibilidades ya resueltas por constituciones provinciales y juristas, que no hacen más que oscurecer el sistema. Quizás, por ende, convendría limitar la acción al Estado una vez que se haya probado debidamente la culpa o el dolo, lo que además suscita la necesidad de normar un procedimiento interno que resguarde los derechos de los funcionarios o agentes.

El art. 2º de la LREN fue corregido, antes de su aprobación, por la Cámara de Diputados. Por un lado, se unificaron los supuestos de los incs. a y b. Por otro, se rectificó el inc. c gracias a oportunas intervenciones de los diputados Manuel Garrido y Juan Mario País en la Reunión de Comisión de Asuntos Constitucionales. El inciso referido exceptuaba el alcance de la ley a los casos en los que “el damnificado o el hecho de un tercero hubiera concurrido a provocar el daño”. En el texto que se giró a la Cámara de Senadores se estableció la eximición de responsabilidad “cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder”.

(173) Cabe destacarse que este artículo fue modificado en ocasión de la reunión de Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, realizada el 19 de noviembre de 2013. Originalmente, se preveía la responsabilidad del funcionario por culpa o dolo. Sin embargo, a propuesta del Diputado Héctor Recalde se limitó al dolo. Es pertinente señalar que aquel Diputado no explicó ni fundamentó las razones de la limitación, que por suerte fue suprimida en la aprobación por parte del pleno de la Cámara baja.

(174) En el PLREN el plazo previsto era de dos años, pero luego fue elevado a tres por la Cámara de Diputados. También se aumentó el plazo de prescripción por mismo lapso a los supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado (art. 7º del PLREN); en este caso se iniciaría a partir de la verificación del daño o desde que la acción estuviere expedita.

El art. 3º de la LREN está dedicado a los presupuestos de la responsabilidad del Estado por actividad legítima o ilegítima. Se enumeran: (a) daño,⁽¹⁷⁵⁾ (b) imputabilidad material, (c) relación de causalidad y (d) falta de servicio. Sin embargo, en el último elemento se subvierte la jurisprudencia de la Corte para limitar la responsabilidad. En ese sentido, el art. 3º, inc. d, refiere que la falta de servicio puede consistir en una actuación u omisión. En este último caso, “solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. Por su parte, el Máximo Tribunal sostuvo en “Mosca” que:

“... corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.⁽¹⁷⁶⁾

El art. 4º estipula los requisitos para determinar la responsabilidad por actividad legítima. Allí aparecen (a) daño, (b) imputabilidad, (c) relación de causalidad, (d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño, y (e) sacrificio especial. Aunque (d) y (e) no son formulaciones pacíficas, el mayor inconveniente se plantea con (c), en cuanto se exige una relación de causalidad, directa, inmediata y exclusiva. Ese elevado estándar fue aplicado, por ejemplo, en fallos como “Ledesma”⁽¹⁷⁷⁾ pero morigerado a los dos primeros caracteres en otros tantos.⁽¹⁷⁸⁾ En consecuencia, sería interesante

(175) Este punto también fue corregido por la Cámara de Diputados. Mientras que el texto original exigía daño cierto y actual, la versión aprobada por el pleno de la Cámara baja solo demanda certeza en el perjuicio. No obstante, el estándar sigue en el art. 4º sobre responsabilidad estatal por actividad legítima (Fallos: 312:2022).

(176) Consid. 6º.

(177) CSJN, “Ledesma SA Agrícola Industrial c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía)”, 31/10/1989.

(178) Por ejemplo: CSJN, “Tejedurías Magallanes, S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/09/1989, Fallos: 312:1656.

conocer los motivos que llevaron al PEN a optar por el extremo más restrictivo en su hito por la juridicidad.

En el art. 5º se desvela la excepcionalidad de la responsabilidad por actividad legítima y la prelimitación de reparación. Se excluye así el lucro cesante y se replica buena parte del art. 10 de la ley 21.499 de régimen de expropiaciones. De nuevo, esto no reproduce temas ya salvados sino que impone una variante restringida sin motivarla. La doctrina y la jurisprudencia han discurrido bastante sobre el asunto y no lograron dar con una respuesta que conforme a las diversas posturas. Inclusive se ha argüido que tales prelimitaciones pueden afigir irrazonablemente el derecho de propiedad, por ejemplo en casos en los que el lucro cesante consiste en un rubro trascendente de la reparación demandada. Además, al transponer el art. de la ley 21.499 no se hace más que dar cuerda a quienes postulan la improcedencia del paralelismo, en tanto la expropiación envuelve un acto complejo y verdaderamente especial.

Asimismo, la explicación por la exclusión de responsabilidad derivada de la actividad legítima del Poder Judicial no surge ni de los fundamentos del PLREN ni de la discusión en Comisión.

Otro notable olvido se cometió con la fundamentación de la eximición de responsabilidad estatal, ni aun subsidiaria, por daños cometidos por concesionarios o contratistas de servicios públicos. La historia argentina reciente demuestra que la prestación de servicios públicos por parte de terceros es gravemente deficiente. Lo mismo vale para el Estado si se toma en cuenta el proceso de reasunción de prestaciones experimentado en los últimos años. A su vez, la injerencia estatal en los servicios públicos se ha potenciado con la implementación masiva de subsidios. Por ende, considerando que el Estado tiene una participación activa o necesaria en casi todas las áreas de servicios, cuesta entender por qué se estableció semejante exclusión.

Finalmente, el art. 11 de la LREN prevé la invitación de adhesión a otras provincias y a la Ciudad de Buenos Aires. Tal como bien señalaba Germán Bidart Campos, no es lo mismo que una provincia incorpore una ley que adhiera a la misma.⁽¹⁷⁹⁾ Pero aun entendiendo que se trata de cuestiones

(179) Bidart Campos distinguía entre la incorporación de una ley federal por ley local y la adhesión o aprobación de una ley convenio. En el segundo caso, se daría un supuesto de derecho intra-federal, el cual gozaría de una jerarquía superior al derecho provincial e impediría

similares, y teniendo en cuenta la materia aquí estudiada, jurídicamente correspondería invitar a incorporar regímenes análogos. No existe necesidad de que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires adhieran a este exacto proyecto en los mismos términos, sino que pueden adoptar otros parecidos y aun mejores. Lo que se debe evitar, conforme al principio de igualdad y federal, son veinticinco regímenes incompatibles.

En síntesis, pese a tratarse de un importante avance, con la LREN persiste el déficit de fundamentación. Independientemente del resultado final, el PEN y el Congreso dejan pasar una buena chance para fortificar la regulación de la responsabilidad del Estado a nivel local.

En contraposición, propongo seguir un camino para fundar y elaborar una normativización de la materia que se ajuste al esquema constitucional y convencional, tratando de usar conceptos simples y claros. Según la Constitución, se puede afirmar la competencia normativa local en varios temas, entre los que cabe el derecho administrativo y, hasta quizás, el derecho público. Pero no conviene invertir el orden de los factores ya que aquí sí se altera la calidad del producto, aturdiendo el sistema constitucional de fuentes.

Me gustaría pensar que, si una cuestión pertenece al derecho local o a temas que vinculan a todas las jurisdicciones, es posible que representantes de cada parte puedan sentarse en una misma mesa para dialogar y debatir qué hay que hacer. No solo será mejor la conclusión alcanzada, sino probablemente también será más fácil que cada parte la adopte en su debido ámbito.

10 | Reflexiones finales

La responsabilidad del Estado vio la luz en etapas primigenias del derecho administrativo y del derecho en general. El Estado no respondía por los daños producidos y las Administraciones eran ífimas en comparación a las dimensiones que más tarde alcanzarán. En paralelo, el eventual afigido, un simple súbdito, no podía aspirar a oponer seriamente sus pretensiones. Tampoco estaba definido qué correspondía hacer a las entidades públicas ni en base a qué responderían. Aún no se habían calibrado los nuevos roles

modificaciones por parte de legislaturas provinciales. BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Bs. As., Ediar, t. II, 2005, p. 36.

ni las herramientas para encauzarlos. Así, ante los palmarios desarrollos acaecidos, el derecho administrativo y la responsabilidad del Estado se merecen una actualización.

Ahora bien, puede esgrimirse que el derecho administrativo se ha adecuado ya al nuevo contexto. La ciudadanía impone al Estado y a la Administración que garanticen sus derechos en ámbitos más igualitarios. Aquejado será difícil de consumar mientras se mantengan con normas impropias —de cuarenta o cien años— o llanamente se carezca de las mismas. En lo que hace a la responsabilidad del Estado, no fueron delineados parámetros normativos propios y se sigue aplicando el derecho civil por asimilación, sabiendo que ello conlleva resultados desafortunados.

Por ello, el abordaje a la responsabilidad del Estado lleva a repensar el derecho administrativo integralmente para posibilitar o indicar las soluciones necesarias. De esa manera, durante este trabajo se indicaron los lineamientos generales de la rama y qué elementos debería incluir. En rigor, se trata de preguntarse qué es el derecho administrativo y qué se aspira que sea. Además, fuerza interrogantes sobre las atribuciones del Estado, sus modos de concreción y corrección; todas cuestiones atravesadas por potestades públicas y derechos de los administrados. Allí aparece entonces la responsabilidad del Estado como un eslabón del conjunto de elementos que orbitan alrededor de esos puntos. Solo una visión sesgada puede permitirse aislar la responsabilidad estatal del correcto funcionamiento de las instituciones públicas y de la protección de los derechos individuales y colectivos. Todo confluye en la misma dirección y en el mismo canal, el derecho administrativo, más allá de que pueda resultar caprichoso consignar o describir áreas jurídicas. Empero, aun sin poner nombres a cada rama, la responsabilidad del Estado debe vincularse a la determinación de la actividad estatal y a consecuencias jurídicas de las interferencias que pudiera ocasionar.

A todo ello se añade la afincada distinción entre responsabilidad del Estado y responsabilidad general, apuntadas en la tercera y cuarta parte. Por lo tanto, la relación entre el art. 75, inc. 12 y el art. 121 CN cobra una nueva dimensión. No se discuten esencias de institutos sino la atribución para precisarlos. Desde que se admite que la responsabilidad estatal merece otros detalles prescriptivos, directamente asociados al desempeño de la Administración y otros órganos, emergen dudas sobre cuál

sería la vía más conveniente para regular su sanción. En ese contexto afloran posiciones encontradas, como la vía de la LREN y la del Proyecto de Código Civil y Comercial.

Pero asimismo se ha indicado que, conforme al mapa constitucional y al sentido de sus demarcaciones, atañe a las esferas provinciales —y posteriormente a la Ciudad de Buenos Aires— lo concerniente a las competencias de poderes locales, su organización y desenvolvimiento. Ese esquema luego, debe sumar a la responsabilidad del Estado, por razones ya esbozadas. Así se llega a la fundamentación de su regulación a nivel local, sin recurrir a la noción de derecho público, la cual igualmente puede ser de utilidad para reforzar la conclusión. Entonces, cabe destacar que ese concepto sería un accesorio argumentativo y no un elemento autónomo, como sí se lo hubiera aplicado en repetidas ocasiones. Por mi parte, considero que el derecho público no permite —por sí mismo— inclinar la balanza en el debate de la reglamentación de la responsabilidad estatal sino que, en todo caso, se ensambla en una labor argumentativa que le reserva un papel de reparto.

Por otro lado, si la responsabilidad del Estado queda englobada dentro del conjunto de potestades constitucionalmente reservadas a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, su regulación no puede conducirse a través del art. 75, inc. 12 CN. Claro que para alcanzar esa solución antes debe definirse qué corresponde al derecho local o, más sencillo, si la materia examinada queda allí incluida.⁽¹⁸⁰⁾ Aun si se sostuviese que debe incluirse en el Código Civil, por ejemplo, no faltarían aquellos que señalen la incompatibilidad de fundamentos entre la responsabilidad estatal y el cuerpo normativo receptor, inspirándose directamente en conceptos de difícil o imposible aprehensión. Es decir, la justificación de la extracción del derecho común halla al menos dos formas, sin perjuicio de que aquí se opte por la primera: 1) por afinidad a las materias de derecho local y al derecho administrativo y; 2) por razones casi metajurídicas como, por ejemplo, la justicia distributiva y la esencia del derecho público.

Por ende, la responsabilidad del Estado debe regularse por las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional. Luego, se enfrenta

(180) En ese sentido, esto trae otras complicadas preguntas: ¿Cómo limitar fuentes y evitar indeterminación en estructura federal? ¿Cómo establecer un límite dogmático-funcional a la regulación provincial?

el inconveniente de la regulación local: puede traer armonía constitucional, pero posibilita su quiebre en tanto no se sancionen regímenes sustancialmente equivalentes en las diferentes jurisdicciones. Y aquí aparece la paradoja: la solución que se acopla al sistema constitucional puede no ser la más útil. Sin embargo, no se vuelve por ello una dificultad infranqueable. Así, en el parágrafo VI se sugirieron dos opciones para viabilizar una reglamentación de la responsabilidad del Estado ajustada al esquema constitucional y convencional. La primera implicaría fomentar una regulación armónica entre las diversas jurisdicciones. La segunda, una única normativización estipulada entre todos los actores, quienes luego deberían sancionar en su ámbito con las particularidades que aprecien necesarias y que no desnaturalicen lo pactado ni las constituciones provinciales o la de la Ciudad de Buenos Aires. Ambas opciones supondrían un atractivo reto. No obstante, cuesta advertir una imposibilidad total o un ineludible fracaso, como hacen muchos que se dejan llevar por sus miedos, quizás desconociendo varios progresos normativos provinciales y manifiestas carencias nacionales. Por mi parte prefiero adentrarme en un desafío de compatibilización antes que ceder a lecturas fatalistas o inconstitucionales. Acaso, a su vez, ello obligue a abandonar pragmatismos y confiar nuevamente en el federalismo.

En definitiva, la responsabilidad del Estado debe, por afinidad o necesidad, regularse integralmente desde un ámbito específico y observando directivas concretas, como los derechos fundamentales de las personas. En particular, la reglamentación tendrá que abarcar muchísimos puntos, como: a) la responsabilidad subsidiaria o concurrente del funcionario; b) la definición de presupuestos ante distintos casos (actos, hechos, omisiones; actividad lícita o ilícita; factor de atribución subjetivo u objetivo); c) el alcance de la reparación; d) aspectos procesales y procedimentales (reclamos en sede administrativa, la prevalencia o no de la acción de nulidad, legitimación); y e) la prescripción de la acción.

La responsabilidad patrimonial estatal como principio del Estado constitucional y social de derecho

Nuevas consideraciones sobre el Proyecto de Ley⁽¹⁾

por LEANDRO G. SALGAN RUIZ⁽²⁾

I | Introducción

El Proyecto de Código Civil y Comercial unificado propone modificaciones a las reglas que rigen la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Frente a este contexto, nos preguntamos si las prescripciones del Poder Ejecutivo Nacional alteran o no la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante CSJN— sobre la responsabilidad del Estado.

.....

(1) Proyecto de Ley aprobado con media sanción el 27/11/2013 por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (expediente CS 62/2013).

(2) Abogado (UBA). Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Especializado en Abogacía del Estado, Contratos Administrativos y Derecho Procesal. Abogado de ANSeS. Profesor de Derecho Administrativo de Grado en la UBA (JTP), Universidad Nacional de Lomas de Zamora (JTP) y Universidad del Museo Social Argentino (Adjunto). Profesor de Posgrado en las Carreras de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Autor de numerosas publicaciones de su especialidad. Expositor en conferencias y jornadas.

2 | Desarrollo

2.1 | La responsabilidad del Estado en el Código Civil

2.1.1. La aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil

Para determinar válidamente la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia nos exigió tradicionalmente que primero constatemos la existencia del daño, pasemos la imputación a un órgano del Estado, luego verifiquemos la relación de causalidad y, finalmente, examinemos el factor de atribución en juego.

Para ello, nos bastaba con la aplicación del Código Civil y la interpretación que hiciera nuestro Máximo Tribunal de sus disposiciones. La unidad del derecho de daños se inscribe en la corriente civilista propia del ordenamiento jurídico privado donde prevalece la autonomía en las relaciones privadas.

Recordemos que las disposiciones del Código Civil son aplicables en la esfera del derecho administrativo, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la substancia de este último.⁽³⁾

Esas particularidades propias del derecho no se oponen al criterio en el derecho civil, puesto que el primero afecta el interés público y el segundo, el interés particular de los afectados.⁽⁴⁾

2.1.2. El daño resarcible: precisiones en torno a sus características, carga de la prueba y extensión de la reparación

El requisito de procedencia del daño exige que examinemos cuestiones tales como sus características, carga de la prueba y extensión del resarcimiento por lesión producida.

En primer lugar, el daño debe ser cierto⁽⁵⁾ y actual. Esto implica que si el particular invoca una lesión, esta no puede ser hipotética ni conjetural.

(3) Ver CSJN, "Ganadera 'Los Lagos' SA c/ Nación Argentina", Fallos: 190:142 (1941).

(4) Ver CSJN, "Sosa de Basso, María Angélica y Basso María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de y Municipalidad de Junín", Fallos: 310:1578 (1987).

(5) Ver CSJN, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 334:376 (2011).

En segundo lugar, no basta con la certeza y actualidad del daño, sino que necesariamente deberá ser acreditado por el particular en forma fehaciente. De hecho, para que sea realmente efectivo,⁽⁶⁾ esa lesión⁽⁷⁾ que se proyecta a una situación jurídicamente protegida deberá estar acompañada del sustento probatorio⁽⁸⁾ en forma suficiente.⁽⁹⁾

La ausencia del Código Contencioso Administrativo ha motivado que se aplique el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 en materia de principios, medios y carga de la prueba.

Actualmente, la cuestión de los medios de prueba del daño en materia de responsabilidad del Estado se ha desplazado a figuras como la de los amigos del Tribunal;⁽¹⁰⁾ los consultores técnicos,⁽¹¹⁾ la teoría dinámica de la prueba, el manejo de las constancias del expediente administrativo⁽¹²⁾ y la revalorización de las fotocopias simples como medio de prueba bajo determinadas circunstancias.⁽¹³⁾

En tercer lugar, la extensión del daño varía en su alcance según se trate de la actividad ilegítima o legítima del Estado.

Por un lado, en la actividad legítima la trascendencia del daño alcanza en extensión únicamente el daño emergente. Se trata de un concepto de

(6) Ver CSJN, "Banco de la Nación Argentina c/ Provincia de Buenos Aires s/ Cobro de Pesos", Fallos: 273:279 (1969).

(7) Ver CSJN, "Revestek SA c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ Ordinario", Fallos: 318:1531 (1995).

(8) Ver CSJN, "Brumeco SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Cobro de Australes", Fallos: 313:907 (1990).

(9) Ver CSJN, "Astilleros Príncipe y Menghi SA c/ Estado Nacional —Administración Nacional de Aduanas— y Otro s/ Demandas contra ANA", Fallos: 319:167 (1996).

(10) Ver CSJN, Acordada 28/2004.

(11) Ver art. 458 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(12) Ver CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "Volkswagen Argentina SA, TF 18274-A c/ DGA", causa N° 15.538.

(13) Ver CHIBÁN, NORA A., "La prueba del daño", en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires, RAP, Ediciones especiales, 2008, pp. 721/728.

reparación integral propio del derecho público que surge del art. 10 de la ley de expropiaciones 21.499.

Esto nos parece compatible con la tendencia jurisprudencial que apoya este criterio positivo de reparación sentado en los casos “Laplacette”,⁽¹⁴⁾ “Los Pinos”,⁽¹⁵⁾ “Canton”,⁽¹⁶⁾ “Winkler”⁽¹⁷⁾ y “Motor Once”.⁽¹⁸⁾

Por el otro, en la actividad ilegítima, se postula la plena reparación, no solo del daño emergente sufrido por el particular, sino también de otros rubros por aplicación subsidiaria del Código Civil⁽¹⁹⁾. Se ha reconocido el lucro cesante;⁽²⁰⁾ la pérdida de chance;⁽²¹⁾ el daño moral⁽²²⁾ y el tratamiento psicológico.⁽²³⁾

Dicha reparación no será tal si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral, ni tampoco si el resarcimiento —derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible.⁽²⁴⁾

(14) Ver CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y Otros c/ Prov. de Bs. As.”, Fallos: 195:66 (1943).

(15) Ver CSJN, “Corporación Inversora Los Pinos SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 293:617 (1979).

(16) Ver CSJN, “Canton, Mario Elbio c/ Nación”, Fallos: 301:403 (1979).

(17) Ver CSJN, “Winkler, Juan León c/ Nación Argentina”, Fallos: 305:1045 (1983).

(18) Ver CSJN, “Motor Once SACI c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 310:943 (1987).

(19) Ver el art. 1069 CC.

(20) Ver CSJN, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c/ Dirección Nacional de Vialidad”, Fallos: 306:1409 (1984). En igual sentido, ver CSJN, “Jucalán Forestal Agropecuaria SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 315:441 (1992); y CSJN, “Prada, Iván Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 316:1465 (1993).

(21) Ver CSJN, “Santa Coloma, Luis Federico y Otros”, Fallos: 308:1160 (1986).

(22) Ver CSJN, “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 318:385 (1995).

(23) Ver CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, fallo cit.

(24) Ver CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y Otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”, Sentencia del 27/11/2012, considerando 20.

2.1.3. La imputación material a la actividad de un órgano del Estado

Una vez que acreditamos un daño cierto y actual para configurar la responsabilidad del Estado, debemos pasar a un segundo recaudo: la imputación material a una actividad de un órgano⁽²⁵⁾ del Estado. Ciertamente, esa actividad comprende a los poderes públicos.

En primer lugar, la imputación material del daño se proyecta a la actividad propia del Poder Legislativo. En efecto, opera el resarcimiento cuando el legislador creó impuestos,⁽²⁶⁾ alteró precios en contratos administrativos adjudicados⁽²⁷⁾ y dispensó el pago de multas por obligaciones tributarias.⁽²⁸⁾ También cuando reguló el poder de policía de seguridad,⁽²⁹⁾ restringió importaciones para proteger el mercado local⁽³⁰⁾ y alteró relaciones preexistentes limitando el nacimiento y extinción de los derechos.⁽³¹⁾

En segundo lugar, además de la actividad legislativa, las derivaciones de la imputación del daño alcanzan a la actividad administrativa del Poder Ejecutivo.

Ciertamente, opera la obligación de resarcir cuando el poder administrador restringió el dominio público,⁽³²⁾ abandonó obras públicas⁽³³⁾ y revalidó permisos de cambio.⁽³⁴⁾

(25) Ver CSJN, "Friar SA c/ Estado Nacional —Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos— Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA s/ Daños y Perjuicios (Ordinario)", *Fallos*: 329:3966 (2006).

(26) Ver CSJN, "Establecimientos Americanos Graty SA c/ Nación", *Fallos*: 180:107 (1938).

(27) Ver CSJN, "Carlos Reisz SRL y Cía. c/ Nación", *Fallos*: 248:79 (1960).

(28) Ver CSJN, "Spurr, Carlos c/ Nación", *Fallos*: 182:146 (1938).

(29) Ver CSJN, "Irala Arias, Abelardo Asunción y otros c/ Nación", *Fallos*: 249:592 (1961).

(30) Ver CSJN, "Winkler, Juan León c/ Nación Argentina", fallo cit.

(31) Ver CSJN, "Revestek SA c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario", fallo cit.

(32) Ver CSJN, "Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires c/ Pérez, Gerónimo", *Fallos*: 17:470 (1876).

(33) Ver CSJN, "Laplace, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. As.", fallo cit.

(34) Ver CSJN, "Boccara, Armando c/ Nación", *Fallos*: 277:275 (1970).

Asimismo, cuando adoptó medidas de prevención en estaciones de servicio,⁽³⁵⁾ fijó la obligación de fabricar y exportar azúcar,⁽³⁶⁾ ejerció el poder de policía revocando permisos⁽³⁷⁾ y por lesiones en operativos de las fuerzas de seguridad.⁽³⁸⁾

En tercer lugar, también en la actividad jurisdiccional del Poder Judicial, comprobamos que existe imputación del daño en situaciones donde se presta de modo defectuoso el servicio de justicia. Se revisan excepcionalmente los efectos de la sentencia con autoridad de cosa juzgada a través de una acción autónoma declarativa como vía procesal idónea.⁽³⁹⁾

De hecho, esto ocurre cuando el juez notificó irregularmente una decisión,⁽⁴⁰⁾ ejecutó defectuosamente una sentencia,⁽⁴¹⁾ emitió actos jurisdiccionales que devienen ilegítimos por error judicial,⁽⁴²⁾ medió actuación ilegítima de funcionarios judiciales,⁽⁴³⁾ excarcelaciones⁽⁴⁴⁾ o prestó defectuosamente el servicio de justicia.⁽⁴⁵⁾

.....

(35) Ver CSJN, "Motor Once SACI c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", fallo cit.

(36) Ver CSJN, "Ledesma SA Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (Ministerio de Economía) s/ Nulidad de Resolución", Fallos: 312:2022 (1989).

(37) Ver CSJN, "Corporación Inversora Los Pinos SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", fallo cit.

(38) Ver CSJN, "Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ Daños y Perjuicios", fallo cit.

(39) Ver CSJN, "Egues, Alberto José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios (error judicial)", Fallos: 319:2527 (1996).

(40) Ver CSJN, "Hotelera Río de la Plata SACI c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 307:821 (1985).

(41) Ver CSJN, "Etcheverry, Luisa Mabel y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 316:1888 (1993).

(42) Ver CSJN, "Vignoni, Antonio Sirio c/ Estado de la Nación Argentina", Fallos: 311:1007 (1988).

(43) Ver CSJN, "Asociación Mutual Latinoamericana c/ Misiones, Pcia. de s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 318:2824 (1996).

(44) Ver CSJN, "Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Otro s/ Daños y Perjuicios Varios", Fallos: 322:2683 (1999).

(45) Ver CSJN, "Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y Otros s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 329:1881 (2006).

.....

También cuando restringe injustificadamente el uso de los bienes amparados por el derecho de propiedad,⁽⁴⁶⁾ detiene la libertad ambulatoria de las personas omitiendo diligencias procesales necesarias,⁽⁴⁷⁾ absuelve a personas procesadas⁽⁴⁸⁾ y dispone la privación prolongada de la libertad personal⁽⁴⁹⁾ por prisión preventiva.⁽⁵⁰⁾

2.1.4. La relación de causalidad: el vínculo entre el daño y la conducta del Estado

El nexo de causalidad conecta un resultado dañoso a una actuación estatal para luego encuadrarlo en un factor de atribución. El art. 901 CC consagra la teoría de la causalidad adecuada que alcanza a las consecuencias mediáticas que son aquellas causales que no pueden preverse incluso si se emplea la diligencia necesaria que el caso requiera.

En la responsabilidad del Estado, la relación de causalidad no solo vincula el daño con su antecedente, sino que además determina el alcance de la reparación en función de sus consecuencias siguiendo preferentemente la teoría de la causalidad adecuada.⁽⁵¹⁾ En efecto, no alcanzaría con la probabilidad o verosimilitud, puesto que no se admite la presunción de causalidad y quien la alegue en la causa contenciosa administrativa deberá acreditarla para obtener certeza de su existencia. De lo contrario, se denegará la indemnización por inexistencia⁽⁵²⁾

(46) Ver CSJN, "Román SAC c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ Cobro de Pesos", Fallos: 317:1233 (1994).

(47) Ver CSJN, "De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Indemnización por Daño Moral", Fallos: 318:845 (1995).

(48) Ver CSJN, "Pistone, Ciro Alberto c/ Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 330:2464 (2007).

(49) Ver CSJN, "Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Otro s/ Daños y Perjuicios Varios", fallo cit.

(50) Ver CSJN, "Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y Otros s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 325:1855 (2002).

(51) Ver SAMMARTINO, PATRICIO M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Bs. As., Ediciones RAP, 2008, pp. 431/457.

(52) Ver CSJN, "Galanti, Carlos Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos", Fallos: 310:2824 (1987).

de relación de causalidad.⁽⁵³⁾ El hecho o acto de la víctima⁽⁵⁴⁾ o de un tercero;⁽⁵⁵⁾ fuerza mayor⁽⁵⁶⁾ y caso fortuito.

La carga de la prueba de la relación de causalidad en la responsabilidad del Estado se rige por los principios básicos que establece su distribución en el art. 377 CPCCN.⁽⁵⁷⁾ Efectivamente, en el orden nacional, lo aplicamos en cuestiones probatorias junto a los principios del procedimiento, especialmente en lo atinente a los medios y carga de la prueba donde el Estado tutela el interés público.⁽⁵⁸⁾

Existen algunas modulaciones entre cómo opera el nexo causal en la actividad respecto de la ilegítima. Mientras que en el primer supuesto ese vínculo será directo,⁽⁵⁹⁾ inmediato y adicionalmente exclusivo,⁽⁶⁰⁾ en el segundo, en cambio, el Estado solo responderá si participó efectivamente del supuesto de hecho que provocó el daño, puesto que coexiste en la especie una multiplicidad de causas potenciales.⁽⁶¹⁾

2.1.5. Factor de atribución en la actividad del Estado

Hemos abordado el daño, su imputación a la actividad del Estado y la relación de causalidad adecuada entre ambos. Ahora avanzaremos en el factor de atribución de la responsabilidad del Estado tanto por actividad ilegítima como legítima.

(53) Ver CSJN, "Juillerat, Miltón Enrique c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 308:2626 (1986).

(54) Ver CSJN, "Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de conocimiento", Fallos: 321:1776 (1998).

(55) Ver CSJN, "Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 329:2088 (2006). En igual sentido, CSJN "Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 332:2328 (2009).

(56) Ver CSJN, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c/ Dirección Nacional de Vialidad", fallo cit.

(57) Ver SAMMARTINO, PATRICIO M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", *op. cit.*

(58) Ver CHIBÁN, NORA A., "La prueba...", *op. cit.*

(59) Ver CSJN, "Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y Otros s/ Daños y Perjuicios", fallo cit.

(60) Ver CSJN, "Ledesma SA Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (Ministerio de Economía) s/ Nulidad de Resolución", fallo cit.

(61) Ver SAMMARTINO, PATRICIO M. E., "La relación de causalidad...", *op. cit.*

2.1.5.1. La falta de servicio en la actividad ilícita: el cumplimiento anormal y defectuoso en las obligaciones legales impuestas al órgano

Sabemos que el art. 19 CN consagra el conocido principio por el cual existe un deber de no dañar otro que surge expresamente del texto constitucional y contiene la prohibición a todo hombre de perjudicar los derechos de un tercero.

Desde esta perspectiva, el art. 1112 CC prescribe 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 comprendidos en las disposiciones de este título.

Desde sus orígenes en el derecho francés, la apreciación de la falta de servicio⁽⁶²⁾ implicó una ponderación de elementos netamente objetivos,⁽⁶³⁾ que configura una responsabilidad principal y directa en el ámbito del derecho público.⁽⁶⁴⁾ En efecto, se consagró la responsabilidad del Estado por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales que le están impuestas⁽⁶⁵⁾ donde se verifique una deficiente prestación de servicio.⁽⁶⁶⁾

De hecho, se trata concretamente de una violación o anormalidad⁽⁶⁷⁾ frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con él y el grado de previsibilidad del daño. Asimismo, la jurisprudencia precisó también dos rasgos centrales de la figura: de un lado, el carácter directo y de otro, el principal. Por un lado, es directo por cuanto no necesitamos individualizar al autor material del daño

(62) Ver CSJN, "Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", fallo cit.

(63) Ver RITTO, GRACIELA B., "La responsabilidad del Estado en la reforma del Código Civil con las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional: la remisión a los principios del derecho administrativo nacional o local", en *Doctrina Judicial*, Bs. As., La Ley, 2012-40, pp. 99/103.

(64) Ver CSJN, "Securfin SA c/ Santa Fe, Provincia de s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 330:3447 (2007).

(65) Ver CSJN, "Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 306:2030 (1984), considerandos 5º y 6º.

(66) Ver CSJN, "Etcheverry, Luisa María y otros c/ Provincia de Buenos Aires, Nación Argentina y Otros", Fallos: 308:2494 (1984).

(67) Ver CSJN, "Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario", Fallos: 321:1124 (1998) y Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 306:2030 (1984).

sino que se pondera el funcionamiento irregular del servicio en su totalidad. Por el otro, es principal dado que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este.⁽⁶⁸⁾

2.1.5.2. El sacrificio especial en la actividad lícita: la ausencia de un deber jurídico de soportar un daño diferenciado del resto de la comunidad

Desde hace tiempo, tanto el principio de igualdad de las cargas públicas⁽⁶⁹⁾ como el de sacrificio patrimonial impuesto por utilidad pública⁽⁷⁰⁾ han ilustrado esta posibilidad. Esa regla nos muestra la necesidad de buscar su fundamento en la propia Constitución Nacional.

A nuestro modo de ver, este fundamento abandona la unidad de daños de derecho privado que colocaba a la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de responsabilidad civil.

Ese cambio de dirección mantiene la coherencia del sistema con la igualdad de las cargas públicas y en el sacrificio especial que postula principios derecho público en los arts. 16 y 17 CN, consolidados en los lineamientos de jurisprudencia de la CSJN.

Recientemente, el Máximo Tribunal ha señalado que es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir a través de él finalidades de interés general o colectivo.⁽⁷¹⁾

2.1.6. Prescripción: la extinción de los daños y perjuicios en la acción resarcitoria contra el Estado como parte del régimen de obligaciones del Código Civil

Cuando impugnamos un acto administrativo, la acción de daños y perjuicios quedaría expedita solo a partir de la declaración de nulidad antedicha que el actor pudo demandar⁽⁷²⁾ y, por consiguiente, comenzaríamos a computar el plazo de prescripción desde ese momento.

(68) Ver CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y Otros s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 330:563 (2007).

(69) Ver art. 16 CN.

(70) Ver art. 17 CN.

(71) Ver CSJN, "Malma Trading SRL c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ Proceso de Conocimiento", Sentencia del 15/05/2014, considerando 11.

(72) Ver CSJN, "Paloika, David Daniel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 317:1615 (1994).

Cuando un comportamiento material lesiona al particular, la acción de daños resulta viable desde que el damnificado hubiera tenido conocimiento del hecho y de las consecuencias dañosas.⁽⁷³⁾

En este caso, la prescripción comenzará a correr desde que el actor tomó conocimiento del hecho dañoso y ello no requiere noticia subjetiva y rigurosa, pues tal exigencia se satisface con una razonable posibilidad de información en la medida en que ese plazo no puede ser sujetado a la discreción del acreedor, supliendo inclusive su propia inactividad.⁽⁷⁴⁾

3 | CSJN: lineamientos de jurisprudencia reciente

3.I | El acceso a la competencia originaria: el concepto actual de causa civil desde su regulación exclusiva por el derecho común

De acuerdo a la distribución de competencias, se ubica de un lado la justicia federal⁽⁷⁵⁾ y de otro, la justicia local o provincial.⁽⁷⁶⁾ Por la primera⁽⁷⁷⁾ podemos acceder a la competencia de la CSJN por vía de apelación⁽⁷⁸⁾ o instancia originaria.⁽⁷⁹⁾

Mientras que a la competencia apelada del Máximo Tribunal accedemos por recurso extraordinario,⁽⁸⁰⁾ recurso de hecho⁽⁸¹⁾ y recurso

(73) Ver CSJN, "La Rinconada SA (en liquidación) c/ Estado Nacional s/ Nulidad de Resolución", Fallos: 316:871 (1993).

(74) Ver CSJN, "Legnangel SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios (Registro de la Propiedad)", Fallos: 318:2558 (1995).

(75) Ver arts. 75, 116 y 16 CN. En igual sentido, la ley 48.

(76) Ver los arts. 5 y 122 CN.

(77) Ver el art. 108 CN.

(78) Ver el art. 117, 1º parte CN.

(79) Ver el art. 117, 2º parte CN.

(80) Ver el art. 14 de la ley 48.

(81) Ver el art. 15 de la ley 48.

ordinario⁽⁸²⁾ según el monto, en la originaria, en cambio, tenemos una sola y única instancia.

Así, dentro de jurisdicción federal, la competencia originaria se caracteriza por ser exclusiva, restrictiva y de orden público. No se encuentra sujeta a reclamo administrativo previo y en cualquier momento se puede declarar la incompetencia de oficio.⁽⁸³⁾

Tanto la CSJN⁽⁸⁴⁾ como los tribunales inferiores de la Nacional ejercen su competencia en forma originaria y exclusiva en las causas en las que alguna provincia fuese parte actora,⁽⁸⁵⁾ demandada o citada como tercero.⁽⁸⁶⁾ Su carácter de parte debe surgir no solo de los términos de la demanda⁽⁸⁷⁾ sino también del desarrollo de su relación sustancial en la relación jurídica.

Para que una provincia sea parte, no basta que exista una causa civil⁽⁸⁸⁾ sino que además debe ir acompañada de una distinta⁽⁸⁹⁾ vecindad,⁽⁹⁰⁾ superior a dos años o diferente nacionalidad, lo que se acredita con la partida de nacimiento.

En este contexto, nuestro Máximo Tribunal aseveró que la responsabilidad del Estado se rige primordialmente por el derecho público provincial. A su criterio, la causa civil solo alcanza aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible.⁽⁹¹⁾

(82) En los casos en que la Nación es parte, el monto debe ser igual o superar los \$ 726.000.

(83) Ver el art. 352 CPCCN.

(84) Ver el art. 116 CN.

(85) Ver el art. 117 CN.

(86) Ver el art. 94 CPCCN.

(87) Ver los arts. 4º y 5º CPCCN.

(88) Ver el art. 116 CN y decreto-ley 1285/1958.

(89) Ver CSJN, "De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Indemnización por Daño Moral", fallo cit.

(90) Ver CSJN, "Sedero de Carmona, Ruth c/ Buenos Aires, Provincia de", Fallos: 310:1074 (1987).

(91) Ver CSJN, "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y Otro s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 329:759 (2006), especialmente el considerando 14.

3.2 | La materia no delegada de las Provincias. Facultad de regular la responsabilidad del Estado por el derecho público local

Con el caso "Barreto",⁽⁹²⁾ la causa civil queda regida exclusivamente por el derecho común. Esta delimitación de su concepto ha sido ratificada por la propia CSJN en los recientes casos "Aguilar",⁽⁹³⁾ "Sociedad Italiana de Beneficencia",⁽⁹⁴⁾ "Intense Life"⁽⁹⁵⁾ y "Schiavone".⁽⁹⁶⁾

De esas decisiones judiciales se extrae que los contratos administrativos celebrados por una Provincia se presumen administrativos a menos que su objeto se encuentre regido por el derecho común.

Esto implica que excluyamos de su contenido a los accidentes,⁽⁹⁷⁾ títulos ejecutivos, dominio, derechos de autor y especialmente falta de servicio,⁽⁹⁸⁾ es decir, la responsabilidad del Estado por sus actos ilícitos. Dentro de este último supuesto adquiere importancia el error policial, el error registral, el error judicial, la mala praxis y las inundaciones.

Así, toda cuestión inherente a los impuestos (sellos e ingresos brutos), los empleados públicos, los contratos administrativos (suministro, obra, concesión de servicio público y locación de servicio), transporte intercomunal, expropiación, juego, elecciones de gobernadores y legisladores, reforma constitucional, amparos locales, *habeas data* y ejecución de honorarios son materias comprendidas por el derecho público local.

.....

(92) *Ibid.*

(93) Ver CSJN, "Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y Otra (Provincia de Buenos Aires) s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 329:2069 (2006).

(94) Ver CSJN, "Sociedad Italiana de Beneficencia en Bs. As. (Htal. Italiano) c/ Chaco, Provincia del s/ Cobro de Sumas de Dinero", Fallos: 327:5251 (2004).

(95) Ver CSJN, "Intense Life SA c/Tierra del Fuego, Provincia de (Secretaría de Salud Pública) s/Cobro de Sumas de Dinero", Fallos: 330:178 (2007).

(96) Ver CSJN, "Schiavone, Diego Gerardo c/Tucumán, Provincia de y Otros (Estado Nacional) s/ Incidente de Medidas Preliminares", Fallos: 331:2534 (2008).

(97) Ver el art. 1113 CC.

(98) Ver el art. 1112 CC.

Recordemos que frente a la acción resarcitoria de daños y perjuicios provocada por el disparo de un funcionario policial provincial se precisó que, en la especie, se había configurado un supuesto de responsabilidad del Estado local por falta de servicio en el ejercicio del poder de policía de seguridad cuya jurisdicción corresponde al juez local conforme la legislación aplicable.⁽⁹⁹⁾

Desde esta perspectiva del derecho público local, el caso “Barreto”, que tiene que ver con la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima por falta de servicio, se extiende a otros. En efecto, nuestro Máximo Tribunal lo amplió a los casos de error policial,⁽¹⁰⁰⁾ error judicial,⁽¹⁰¹⁾ inundaciones,⁽¹⁰²⁾ mala praxis⁽¹⁰³⁾ y omisión.⁽¹⁰⁴⁾

3.3 | Las singularidades del medio ambiente en la materia federal: la exclusión de los daños y perjuicios contra la Provincias y el Estado Nacional

El principio general de competencia es que la Provincia litiga en la justicia local⁽¹⁰⁵⁾ a menos que existiese una prórroga. Se la puede consentir en forma expresa o tácita. Esta excepción⁽¹⁰⁶⁾ a la regla general ocurre cuando se trata solamente de personas o de una causa civil. Resulta un aspecto prematuro⁽¹⁰⁷⁾ que no comprende cuestiones federales.⁽¹⁰⁸⁾

(99) CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y Otro s/ Daños y Perjuicios”, fallo cit.

(100) Ver CSJN, “Durán, Rodrigo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 329:1847 (2006).

(101) Ver CSJN, “Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 329:1311 (2006).

(102) Ver CSJN, “Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 329:1603 (2006).

(103) Ver CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías SA”, Fallos: 331:819 (2008).

(104) Ver CSJN, “Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra (Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, fallo cit.

(105) Ver el art. 117 CN.

(106) Ver CSJN, “Flores, Feliciano Reinaldo y otra c/ Pcia. de Buenos Aires y Otra s/ Cobro de Pesos”, Fallos: 315:2157 (1992).

(107) Ver CSJN, “Ontivero, Ariel Adolfo c/ Buenos Aires, Provincia de y Otros s/ Medidas Preliminares y de Prueba Anticipada”, Fallos: 329:218 (2006).

(108) Ver los arts. 75, 116 y 126 CN.

Tengamos presente que las cuestiones inherentes a la aduana, tributos nacionales, empréstitos, navegación, derecho aeronáutico, puertos, monedas, pesos y medidas, ciudadanía, comercio interprovincial, transporte interprovincial, telecomunicaciones, radiodifusión, gas y energía eléctrica son temas federales.

También son institucionales el medio ambiente interjurisdiccional, hidrocarburos (regalías), límites, indígenas, pesca, discriminación, marcas y patentes, empleo público nacional, amparos nacionales, zonas francas, obras sociales, seguros de salud y jubilaciones.

Ante los daños reclamados por afectados generados por la contaminación ocasionada por empresas al medio ambiente se aclaró que, por tratarse de un caso de responsabilidad extracontractual del Estado local por omisión, ese resarcimiento debe ser ventilado en un juicio ante el Tribunal local competente en la medida en que esa acción se enderezó contra el Estado Provincial.⁽¹⁰⁹⁾

Esto significa que en materia de medio ambiente, el recurso ambiental interjurisdiccional⁽¹¹⁰⁾ enderezado contra una provincia será ventilado en competencia originaria. Los daños y perjuicios contra la Provincia y el Estado Nacional exceden su alcance y, por ende, no podrán acumularse a la primera por litisconsorcio.

3.4 | El Proyecto de Código Civil y Comercial unificado

El Proyecto de Código Civil y Comercial unificado se inscribe en estas modificaciones a las reglas pretorianas que rigen la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. De hecho, se regirán en adelante por las normas y principios de derecho administrativo.⁽¹¹¹⁾

La aplicación subsidiaria del Código Civil será desplazada en estos aspectos y regirá la regulación de las respectivas jurisdicciones locales y nacionales⁽¹¹²⁾ por tratarse de una materia que no ha sido delegada por las Provincias, permaneciendo la aplicación analógica hasta que ese vacío legislativo sea superado.

(109) Ver CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados del contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", *Fallos*: 329:2316 (2006).

(110) Ver el art. 7º, ley 25.675.

(111) Ver el art. 1765 del Proyecto del Código Civil y Comercial.

(112) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "Perspectivas jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificado", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nº 423, Bs. As., pp. 81/88.

Recordemos que es innecesario que acudamos a la analogía cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso. En efecto, las disposiciones del Código Civil son aplicables en la esfera del derecho administrativo⁽¹¹³⁾ con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último, pero la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso.⁽¹¹⁴⁾

En tal sentido, el Proyecto dispone que la responsabilidad del Estado por los daños se rige exclusivamente por esa ley y excluye a las disposiciones del Código Civil.⁽¹¹⁵⁾ Esta se extenderá eventualmente a la responsabilidad contractual en la medida en que no exista una regulación por norma específica.⁽¹¹⁶⁾

4 | Las proyecciones actuales de la jurisprudencia en el régimen normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado

4.I | Nuevos contornos del daño: su carácter mensurable en términos económicos

Hemos visto que nuestro Máximo Tribunal tradicionalmente exige la necesidad de que el daño sea cierto, actual y debidamente probado por el actor que invoca la lesión a través de los medios de prueba.

Pero, por el art. 901 CC, en ciertos casos⁽¹¹⁷⁾ también lo extiende a otras situaciones donde según el curso normal y ordinario de los acontecimientos existiría una fuerte probabilidad de que ocurra.

(113) Ver CSJN, "Ganadera 'Los Lagos' SA c/ Nación Argentina", fallo cit.

(114) Ver CSJN, "SA Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado", Fallos: 321:174 (1998).

(115) Ver el art. 1º del Proyecto de Ley.

(116) Ver el art. 10 del Proyecto de Ley.

(117) Ver CSJN, "Godoy, Miguel Ángel c/ Banco Central de la República Argentina s/ Sumario - Daños y Perjuicios", Fallos: 317:1225 (1994), Considerando 8º del voto de los jueces Nazareno, Fayt, Levene y Moliné O'Connor.

La problemática que se nos plantea consiste en como determinamos la actualidad del daño en aquellas situaciones donde la lesión a los bienes y derechos de las personas no se produjo concretamente, pero sí existe un eventual daño futuro con alto grado de certidumbre y probabilidad.

El Proyecto de Ley regula específicamente la responsabilidad del Estado.⁽¹¹⁸⁾ Necesitamos que el particular acrede⁽¹¹⁹⁾ en forma suficiente el daño que lesionó sus bienes y derechos; para que el daño invocado sea reparable debe ser cierto,⁽¹²⁰⁾ actual⁽¹²¹⁾ y mensurable económicamente.⁽¹²²⁾

4.2 | La imputación en los casos de omisión: el deber jurídico concreto y expreso como presupuesto de la inactividad del Estado

Hemos examinado que debemos imputar el daño a un comportamiento del Estado. Pero observamos que existen decisiones en la jurisprudencia de la CSJN que nos muestran que esa imputación no se reduce solo a la acción de la autoridad pública, sino que se extiende también a la omisión.

En efecto, por aplicación de los arts. 1074 y 1112 CC, se intentó imputar al Estado los daños provocados no solo por los animales sueltos en ruta,⁽¹²³⁾ sino también el acierto en la ejecución de políticas públicas⁽¹²⁴⁾ delegadas por el legislador.

Todavía más: esas omisiones no se detienen en la omisión del deber de la autoridad pública sino que también, potencialmente, el Estado podría responder por aquellos provenientes de sus concesionarios y licenciatarios en la medida en que sus órganos tuvieran una intervención directa.⁽¹²⁵⁾

(118) Ver el art. 1º del Proyecto de la Ley.

(119) Ver el inc. a) del art. 3º y el inc. a) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(120) Ver el inc. a) del art. 3º y el inc. a) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(121) Ver el inc. a) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(122) Ver el inc. a) del art. 3º y el inc. a) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(123) Ver CSJN, "Ruiz, Mirtha Edith y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 312:2138 (1989).

(124) Ver CSJN, "Friar SA c/Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA s/ Daños y Perjuicios (Ordinario)", fallo cit.

(125) Ver CSJN, "Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y Otros s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 323:318 (2000).

En todo caso, parece que cuando el daño es consecuencia directa del ejercicio irregular⁽¹²⁶⁾ del poder de policía que ordena, regula o controla un servicio público, será responsable el Estado. Esto conlleva el riesgo de convertir al Estado en un asegurador del riesgo de todos los daños y un elevado costo de la ciudadanía que lo soporta.⁽¹²⁷⁾

La problemática que se nos plantea consiste en determinar cómo definimos los deberes y las funciones inherentes al Estado con un criterio restrictivo y razonable que nos permita tipificar razonablemente la omisión en el caso concreto. También si es adecuado que sea el propio Estado el que responda por las omisiones cometidas por sus concesionarios y licenciatarios.

Con el nuevo Proyecto de Ley imputamos el daño a un órgano del Estado. La noción de órgano extiende su alcance a toda autoridad pública perteneciente a los poderes estatales.

Se distingue la actividad⁽¹²⁸⁾ material que despliega el órgano estatal, que puede ser legítima⁽¹²⁹⁾ o ilegítima.⁽¹³⁰⁾

Cuando la actividad legítima generó un daño cierto, actual y mensurable, reparamos excepcionalmente⁽¹³¹⁾ las consecuencias directas e inmediatas de la lesión al valor objetivo del bien. Su reparación alcanza al daño directo, inmediato y exclusivo,⁽¹³²⁾ e incluso proyectará eventualmente esas notas singulares al valor objetivo del bien.⁽¹³³⁾ Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a una indemnización.⁽¹³⁴⁾

(126) Ver CSJN, "Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y Otros s/ Sumario", *Fallos*: 321:1124 (1998).

(127) Ver CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y Otros s/ Daños y Perjuicios", fallo cit.

(128) Ver el art. 1º del Proyecto de Ley.

(129) Ver el inc. b) del art. 3º, inc. b) del art. 4º y art. 5º del Proyecto de Ley.

(130) Ver el inc. b) del art. 3º.

(131) Ver el art. 5º del Proyecto de Ley.

(132) Ver el inc. c) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(133) Ver el art. 5º del Proyecto de Ley.

(134) Ver el art. 6º del Proyecto de Ley.

Cuando la actividad ilegítima⁽¹³⁵⁾ generó un daño cierto y cuantificable económicamente, reparamos la actuación irregular del Estado⁽¹³⁶⁾ en la medida en que el particular acredite la afectación de sus bienes y derechos.⁽¹³⁷⁾ También la inactividad implica que el órgano del Estado omitió irregularmente un deber⁽¹³⁸⁾ normativo que le es exigible por ser de carácter específico y determinado.

Por otra parte, el vínculo entre concesionaria y usuario constituye una relación de consumo que tiene recepción normativa en la ley 24.240 y alcanzó la máxima jerarquía con el art. 42 de nuestra Carta Magna con la Reforma Constitucional de 1994.⁽¹³⁹⁾

Por eso, nos parece adecuado que el Estado no responda directa ni subsidiariamente por los perjuicios ocasionados por las acciones y omisiones de los concesionarios o contratistas de los servicios públicos en la función encomendada.⁽¹⁴⁰⁾

4.3 | El nexo de causalidad: el carácter directo, exclusivo e inmediato en la actividad legítima del Estado

Ciertamente, el Proyecto del Código Civil y Comercial unificado establece claramente dos nuevas precisiones en el tema: de un lado, el alcance de las consecuencias reparables y, del otro, la carga de la prueba de la relación causal.

Por un lado, desde el primer aspecto, solo serían reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y mediáticas previsibles.⁽¹⁴¹⁾

(135) Ver el inc. b) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(136) Ver el inc. d) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(137) Ver el art. 1º del Proyecto de Ley.

(138) Ver el inc. d) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(139) Ver CSJN, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VICOV SA s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 329:646 (2006).

(140) Ver el art. 6º del Proyecto de Ley.

(141) Ver el art. 1726 del Proyecto del Código Civil y Comercial.

En el segundo aspecto, la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien alega, excepto que la ley la impute o la presume. También prescribe que la carga de la prueba de la causa ajena o de la imposibilidad de cumplimiento recae sobre quien la invoca.⁽¹⁴²⁾

La adopción de la teoría de la causalidad adecuada proyecta el resarcimiento a las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles con su respectiva carga de la prueba, tanto en la actividad legítima como en la ilegítima. En el nuevo proyecto de ley, la relación de causalidad⁽¹⁴³⁾ anuda la intervención del órgano del Estado con el daño.

Cuando la acción⁽¹⁴⁴⁾ o la omisión⁽¹⁴⁵⁾ ilegítima provienen de una autoridad del Estado, el nexo de causalidad con el daño cierto y mensurable económicamente necesariamente será adecuado.⁽¹⁴⁶⁾

Cuando la acción legítima⁽¹⁴⁷⁾ proviene de una autoridad estatal, el nexo de causalidad con el daño será directo, inmediato y exclusivo.⁽¹⁴⁸⁾ Su reparación proyectará esas notas singulares al valor objetivo del bien.⁽¹⁴⁹⁾

4.4 | Precisiones en el factor de atribución: objetividad y carácter directo en el diseño actual de la responsabilidad del Estado

Se han presentado dificultades en la interpretación del factor de atribución calificado como subjetivo⁽¹⁵⁰⁾ e indirecto⁽¹⁵¹⁾ cuando se trata especialmente de faltas personales de funcionarios públicos cometidas en el ejercicio de sus funciones.

(142) Ver el art. 1736 del Proyecto del Código Civil y Comercial.

(143) Ver el inc. c) del art. 3º y el inc. c) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(144) Ver el inc. c) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(145) Ver el inc. d) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(146) Ver el inc. c) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(147) Ver el art. 4º del Proyecto de Ley.

(148) Ver el inc. c) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(149) Ver el art. 5º del Proyecto de Ley.

(150) Ver CSJN, "Tomás Devoto y Cía. SA c/ Gobierno Nacional", Fallos: 169:111 (1933).

(151) Ver CSJN, "Ferrocarril Gran Oeste Argentino c/ Provincia de Mendoza", Fallos: 211:833 (1948).

Para ello se acudió a las disposiciones de los arts. 1109 y 1113⁽¹⁵²⁾ CC. Nuestro Máximo Tribunal eliminó el elemento subjetivo de la falta de servicio toda vez que la responsabilidad extracontractual del Estado, por el hecho de sus agentes, no es indirecta ni basada en la culpabilidad.⁽¹⁵³⁾

El nuevo Proyecto de Ley distingue la falta personal de la falta de servicio. Cuando verificamos la existencia de una falta de servicio⁽¹⁵⁴⁾ configuramos un factor de atribución objetivo y directo⁽¹⁵⁵⁾ de la responsabilidad del Estado que alcanza a toda acción⁽¹⁵⁶⁾ y omisión⁽¹⁵⁷⁾ irregular de la autoridad pública pertinente.

Cuando constatamos el sacrificio especial⁽¹⁵⁸⁾ en la sustancia de un derecho adquirido de una persona que carece de un deber jurídico para soportarlo,⁽¹⁵⁹⁾ configuramos excepcionalmente⁽¹⁶⁰⁾ la responsabilidad del Estado. Esa actuación regular de la autoridad pública coloca a la persona en una posición diferenciada del resto del daño que sufre la comunidad.

4.5 | El cómputo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria

Nuestro Máximo Tribunal postula que el Código Civil es la norma de derecho común que fija el plazo de prescripción como parte del régimen general de obligaciones, que es una materia que las Provincias han resignado a favor del Estado Nacional.⁽¹⁶¹⁾

(152) Ver CSJN, "Rodríguez, Enrique c/ Nación", Fallos: 194:170 (1942).

(153) Ver CSJN, "Migoya, Carlos Alberto c/Buenos Aires, Provincia de y Otros s/ Daños y Perjuicios", Fallos: 334:1821 (2011).

(154) Ver el inciso d) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(155) Ver el art. 1º del Proyecto de Ley.

(156) Ver el art. 1º y los incs. b) y c) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(157) Ver el inc. d) del art. 3º del Proyecto de Ley.

(158) Ver el inc. e) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(159) Ver el inc. d) del art. 4º del Proyecto de Ley.

(160) Ver el art. 5º del Proyecto de la Ley.

(161) Ver CSJN, "Filcosa SA s/ Quiebra s/ Incidente de Verificación de Municipalidad de Avellaneda", Fallos: 326:3899 (2003), Considerando 8º del voto Fayt, Moliné O'Connor y López.

El inc. 12, art. 75 CN impide que las Provincias⁽¹⁶²⁾ superen el plazo⁽¹⁶³⁾ de prescripción, puesto que las relaciones entre el deudor⁽¹⁶⁴⁾ y acreedor⁽¹⁶⁵⁾ son materia exclusiva del Congreso Nacional.

El nuevo Proyecto de Ley fija que la acción indemnizatoria para que el interesado demande al Estado prescribe a los 3 años.⁽¹⁶⁶⁾ Ese plazo de prescripción se computa desde el momento en que verifique el daño. A menos que quede expedita. Se aplica idéntico plazo para la pretensión resarcitoria⁽¹⁶⁷⁾ contra funcionarios y agentes públicos por su actividad e inactividad.

4.6 | La responsabilidad civil de los funcionarios públicos

El tema de la responsabilidad del funcionario público nos invita a examinar las distintas especies al que se somete la persona que se desempeña en el ámbito público.

La responsabilidad del funcionario público conserva el factor de atribución netamente subjetivo que implica la falta personal. No se confunde con la falta de servicio objetiva, directa e inmediata de la responsabilidad del Estado. Tampoco con la disciplinaria, penal y patrimonial, que tienen su propio régimen jurídico.

En efecto, debemos precisar los aspectos penales, disciplinarios, patrimoniales y civiles en juego para comprender adecuadamente el régimen jurídico.

(162) Ver CSJN, "Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén", Fallos: 327:3187 (2004).

(163) Ver CSJN, "Municipalidad de Resistencia c/Lubricom SRL s/ Ejecución Fiscal", Fallos: 332:2108 (2009).

(164) Ver CSJN, "Casa Casmma SRL s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Verificación Tardía Promovido por Municipalidad de La Matanza", Fallos: 332:616 (2009).

(165) Ver CSJN, "Bruno, Juan Carlos c/Buenos Aires, Provincia de s/ Acción Declarativa", Fallos: 332:2250 (2009).

(166) Ver el art. 7º del Proyecto de Ley.

(167) Ver el art. 9º del Proyecto de Ley.

En primer lugar, los delitos de abuso a la autoridad⁽¹⁶⁸⁾ y el incumplimiento de los deberes del funcionario público⁽¹⁶⁹⁾ ilustran la responsabilidad tipificada en el Título XI del Código Penal. Nosotros hemos destacado el papel de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas en su diseño a luz de la jurisprudencia reciente.⁽¹⁷⁰⁾

En segundo lugar, además de la responsabilidad penal, se encuentra la disciplinaria, que se proyecta exclusivamente las consecuencias sancionatorias represivas que aplica la Administración Pública cuando ejerce su potestad disciplinaria inherente a la relación de empleo público frente a conductas violatorias de agentes para asegurar su correcto funcionario.⁽¹⁷¹⁾

En tercer lugar, también la hacienda pública es afectada por los actos de los funcionarios públicos. El perjuicio patrimonial⁽¹⁷²⁾ puede motivar su responsabilidad patrimonial a través de un proceso judicial.⁽¹⁷³⁾

En lo que hace a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos,⁽¹⁷⁴⁾ la regulación actual se sustenta, aparentemente, en una facultad exclusiva del Congreso de la Nación —y no de las Provincias— para regular las cuestiones civiles netamente de derecho común, expresamente consagradas en el inc. 12, art. 72 CN.

(168) Ver el art. 248 del Código Penal.

(169) Ver el art. 249 del Código Penal.

(170) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "El nuevo alcance de la competencia de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas: el avance del control público en el diseño de la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario público", JA 2012-II-28 a 38, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado el 01/08/2012.

(171) Ver COMADIRA, JULIO R., "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2001, pp. 589/599.

(172) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "La nueva pauta del monto del perjuicio patrimonial en los sumarios administrativos disciplinarios", publicado en *La Ley on line*.

(173) Ver los arts. 130 y 131 de la ley 24.156.

(174) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "Derechos de incidencia colectiva, dominio público y responsabilidad del funcionario público en el Proyecto del Código Civil y Comercial Unificado", *Suplemento de Derecho Administrativo*, Edición Bimestral, 03/12/2013.

Existen modificaciones a estas reglas que se hicieron evidentes cuando se alteró el proyecto original⁽¹⁷⁵⁾ —donde habían participado los miembros del Alto Tribunal— puesto que actualmente asume una dirección diferente en su redacción original.⁽¹⁷⁶⁾

El Código Civil y Comercial unificado prescribe 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 rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

El Proyecto de Ley regula la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos por los daños generados por el ejercicio defectuoso de las obligaciones a su cargo, por culpa o dolo.⁽¹⁷⁷⁾ Contra ellos procede la acción de repetición del Estado y se eliminan las sanciones pecuniarias disuasivas en su contra.⁽¹⁷⁸⁾

5 | Conclusión: hacia la consolidación de un régimen de derecho público

El nuevo Proyecto de Ley consagra un régimen específico para la responsabilidad del Estado. A partir de su sanción se consolidará la jurisprudencia uniforme y reciente de la CSJN en una norma de derecho público respetuosa de las autonomías de las Provincias. Necesitaremos que el particular acredite en forma suficiente el daño que lesionó sus bienes y derechos. Para que sea reparable debe ser cierto, actual y mensurable económicamente.

Imputaremos ese daño a un órgano del Estado. Con la incorporación de la teoría del órgano extenderemos la responsabilidad a toda actividad o

(175) El Proyecto del Código Civil y Comercial reguló, entre otras cuestiones, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en la Sección 9º del Título IV entre los supuestos especiales de responsabilidad. La Comisión de la Reforma del Código Civil fue designada por decreto 191/2011.

(176) Ver especialmente los arts. 1764, 1765 y 1766.

(177) Ver el art. 9º del Proyecto de Ley.

(178) Ver el art. 1º del Proyecto de Ley.

inactividad de los poderes del Estado. La actividad material que despliega el órgano estatal puede ser legítima o ilegítima. Cuando es legítima, repararemos excepcionalmente las consecuencias directas e inmediatas de la lesión al valor objetivo del bien. Por su parte, cuando la actividad es ilegítima, indemnizaremos la actuación irregular del Estado en la medida en que el particular acredite la afectación de sus bienes y derechos. También la inactividad, en la medida en que el órgano del Estado omite irregularmente un deber normativo que le es exigible por carácter de específico y determinado.

La relación de causalidad anudará la intervención del órgano del Estado con el daño en la medida en que concurra su ruptura por eximentes. Si es una acción o una omisión ilegítima, el nexo de causalidad necesariamente será adecuado. Si es legítima, ese vínculo será directo, inmediato y exclusivo.

La falta de servicio se diseña en el Proyecto como un factor de atribución objetivo y directo de la responsabilidad del Estado que alcanza a toda acción y omisión irregular de la autoridad pública pertinente. El sacrificio especial del ciudadano afecta la sustancia de un derecho adquirido que carece del deber jurídico de soportarlo.

Así, configuraremos excepcionalmente la responsabilidad del Estado, dado que esa actuación regular de la autoridad pública coloca a la persona en una posición diferenciada del resto del daño que sufre la comunidad.

La acción indemnizatoria para que el interesado demande al Estado prescribe a los 3 años desde el momento en que verifique el daño o quede expedita la acción.



Documentos anexos

Declaración de AAJ ante la pretensión de los jueces estadounidenses de suprimir la jurisdicción judicial argentina

La Asociación Argentina de Juristas —Rama Nacional de la Asociación Americana de Juristas—, organización continental no gubernamental, con estatuto consultivo en la ONU, repudia la resolución de la Corte Suprema de Estados Unidos que rechazó el tratamiento de la apelación del Estado Argentino al fallo del juez Thomas Griesa, que condenó a nuestro país al pago de los bonos en poder de los fondos buitres. La AAJ, que desde hace 30 años analiza el tema, reafirma la ilegalidad e ilegitimidad de la deuda externa pública de la Nación Argentina, y ratifica en todos sus términos su declaración de fecha 02/12/2012, en ocasión del fallo de Griesa.

Seguimos sosteniendo que no se deben acatar los fallos de ningún juez extranjero en causas en las que la contraparte del Estado Nacional es una persona o sociedad privada, por ser violatorio de principios de derecho nacional e internacional. Tal situación de ilegalidad e ilegitimidad lo es en cuestiones que exceden el marco de los tratados de DDHH en los que se delega jurisdicción con los límites del art. 75, inciso 24 CN. Específicamente viola lo establecido por el art. 116 de nuestra Constitución, que establece la competencia de los tribunales nacionales en esta materia, y el art. 27 que ordena que los tratados de comercio con potencias extranjeras deben estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” y que, con más razón, esa obligación resulta ineludible para los contratos celebrados con privados. Por tanto, también la reforma del art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación autorizando la posibilidad de someterse a tribunales extranjeros deviene manifiestamente inconstitucional, atento que el art. 28 de la Carta Magna establece de modo tajante que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sentencia del 13/03/2014, dictada en la demanda promovida por Claren Corporation para dar validez internacional y reconocimiento en la

Argentina al fallo dictado el 12/12/2007 por el juez del Distrito Sur de Nueva York, Thomas Griesa, que impone a la Argentina el pago de 7.507.089 dólares en concepto de capital e intereses vencidos de los títulos Bonos Externos Globales 1997/2017, propiedad de la demandante, decidió el rechazo de la pretensión, por desconocer el principio de inmunidad soberana del Estado argentino. Dijo que las leyes que ordenaron el diferimiento del pago de los títulos de la deuda forman parte del orden público del derecho argentino, lo que, de acuerdo a los normas procesales, impide el *exequatur* (reconocimiento de sentencias extranjeras). “Otorgarlo implicaría convalidar a través de una acción individual promovida ante un tribunal extranjero, eludir el proceso de reestructuración de la deuda pública dispuesto por el Estado Argentino mediante las normas de emergencia dictadas por las autoridades competentes de acuerdo con lo establecido por la Constitución Nacional”.

En materia de derecho internacional resulta especialmente aplicable la normativa incorporada al plexo constitucional, con la Reforma de 1994. El principio de igualdad soberana de los Estados y de equidad en las relaciones entre los mismos (art. 2º inc. 1º de la Carta de las Naciones Unidas) y el de autodeterminación de los pueblos (art. 1º de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales) determinan que el Poder Judicial propio, es parte de la soberanía. De lo contrario —como se da en este caso—, el país queda bajo el dominio del Estado extranjero al que pertenecen el juez Griesa, y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Cabe señalar que la independencia de estos Tribunales, en algún momento puede manifestarse respecto del poder político, pero raramente se ha manifestado respecto al poder económico. Ello no siempre ocurre por corrupción. Basta con la identificación ideológica, política, religiosa, la pertenencia a un mismo núcleo social: el de los jueces. En el caso de los fondos buitres, se protegen los intereses de un grupo minúsculo de especuladores —en grado de usura—, que se contraponen incluso con los del sector financiero, posiblemente, de acuerdo con sus manifestaciones, con los del gobierno actual de los EEUU, y ponen en cuestión al sistema, pero se acoplan a la perfección al objetivo de sancionar la política del gobierno argentino de impulso a la integración regional latinoamericana y caribeña cuyo desarrollo es una pesadilla para el sistema de dominación imperialista. Por otra parte, hay cláusulas de los bonos manifiestamente ilegales, resultado de la continuidad con similares disposiciones de emisiones en diversas refinanciaciones, que limitan el ejercicio del derecho de defensa, y que por lo tanto son nulas de nulidad absoluta.

Los contratos originarios contenían cláusulas violatorias de principios generales del derecho tales como el abuso del derecho, la lesión enorme, la teoría de la imprevisión, la desigualdad de las partes contratantes, la ausencia de principios compensatorios, la extralimitación en el ejercicio de facultades (abuso de poder), la inaplicabilidad de las leyes contrarias al orden público nacional, la violación por el acreedor de su obligación de facilitar el cumplimiento del contrato (en especial, debe apreciarse los efectos provocados por el protec-

cionismo, los términos de intercambio adversos a los países deudores y la facilitación de la evasión de capitales), la existencia de obligaciones sin causa, el sometimiento del Estado a la jurisdicción y a la ley extranjera, y su renuncia a la inmunidad soberana y al derecho de la defensa, el compromiso de no modificar las leyes y normas existentes bajo pena de resolución del contrato, el cumplimiento cruzado por deudas de distintos deudores, la usura determinada por condiciones financieras excesivamente onerosas (intereses, comisiones spreads, etc).

A ello se agregaban las prácticas monopólicas en la fijación unilateral de las condiciones financieras que se modificaban *a posteriori* de la concertación, en particular de las tasas de interés variables a sola voluntad de los consorcios de bancos, y la exoneración de impuestos nacionales en el país deudor.

No se puede olvidar la ilegalidad derivada de haber sido contraída por un gobierno usurpador y destinada en parte a financiar terrorismo de Estado en el país y en otros de la región, como en Honduras. Tal como se determinó en la investigación judicial de la deuda contraída por la dictadura cívico militar (causa "Olmos"), en la concertación y operatoria de los préstamos se cometieron los delitos de usurpación de funciones, abuso de autoridad, prevaricato y concusión, fraude, como en los casos en que se ocultó la identidad entre acreedor y deudor (auto-préstamos), o cuando el Estado otorgó garantía o avales a deudores privados insolventes, o sin autorización legal, o cuando se simulan préstamos externos para beneficiarse con seguros de cambio. Según los principios del antiguo derecho romano en materia contractual, los contratos que dan origen y/o continuidad a la deuda externa, son total y absolutamente ilegítimos. El principio del *pacta sunt servanda*, que establece la obligatoriedad del cumplimiento de los contratos, es válido solo para aquellos que se realizaron de conformidad a las fórmulas establecidas por el respectivo ordenamiento jurídico.

En los contratos referidos, sea *ab initio*, sea en las sucesivas renegociaciones, faltaba el elemento esencial: el consentimiento libremente expresado. Es de público y notorio que si el deudor no aceptaba las condiciones impuestas por el acreedor, en contratos formularios de adhesión, era amenazado, y lo sigue siendo actualmente cada vez que debe renegociar, con gravísimas sanciones, no solo económicas. En este aspecto conviene aclarar que el reconocimiento del derecho internacional a los gobiernos de facto, para representar a sus países en las relaciones internacionales, siempre que ejerzan autoridad absoluta en el territorio nacional, se limita al plano de las relaciones interestatales, o de organizaciones supranacionales. Y aún así ese reconocimiento, dentro de esos límites, no es absoluto, puesto que determinados actos pueden ser desconocidos por el próximo gobierno que surja de la expresión de la soberanía popular.

En consecuencia, la deuda contraída por funcionarios usurpadores del poder político, que carecían de capacidad para representar al Estado respectivo, es nula de nulidad absoluta, y el acreedor no tiene siquiera derecho al reclamo.

Las refinanciaciones realizadas por los gobiernos constitucionales posteriores, incluida la adhesión al Plan Brady, el Blindaje y el Megacanje, más allá de las responsabilidades penales, no han purgado la nulidad absoluta de sus orígenes, porque aunque los acreedores ya no son los mismos, y los nuevos son titulares de derechos que emergen de contratos otorgados por autoridades legítimas, su conocimiento previo del carácter ilegítimo de la deuda original los coloca en la misma situación de sus antecesores.

Es útil recordar los fallos de la Corte Suprema, conservadora de 1941 ("Los Lagos SAG c/ Gobierno Nacional") y la peronista de 1975 (Fallos: 164:140; 179:249; 185:177; 250:491; 253:15, entre otros) (autos "Pustelnik, Carlos Arnoldo y otro c/ Resolución del Intendente Municipal") que sentenciaron "la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico, que solo requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible". No cabe duda de que los actos de contracción de la deuda durante la dictadura revisten el carácter de nulidad absoluta, por ese solo hecho. Consecuentemente las refinanciaciones posteriores adolecen del mismo vicio. Ni los tenedores ni la banca que intervino en la concertación de los "nuevos" préstamos ni el Tesoro de los EEUU pueden alegar ignorancia de los vicios de legitimidad y/o legalidad, ni de la coacción ejercida sobre los gobiernos constitucionales.

Las amenazas de suspensión de créditos y provisión de elementos substanciales para la producción industrial y hasta para la salud, por parte de los EEUU y de los organismos financieros internacionales que controla (FMI, BM, BID, etc.) forzaron la aceptación de las condiciones impuestas.

Fracasada la tentativa del presidente Raúl Alfonsín de una actuación conjunta de los países deudores del continente, que le costó su cargo al Ministro Grinspun, sucesivos "planes de ajuste", impulsados por el FMI y el Banco Mundial, acentuaron el atropello a los derechos económicos, sociales y culturales, en función del pago de la deuda, provocando más víctimas que las causadas por el terrorismo de estado, y condicionando toda la vida nacional, incluso su política exterior.

En esas condiciones, se llegó a la última refinanciación, realizada por el Presidente Néstor Kirchner, comparable con un concurso preventivo en el cual el deudor —el Estado Argentino— en virtual cesación de pagos, propuso un plan con quita y extensión temporal para saldar la deuda, manteniendo casi todas las cláusulas susceptibles de nulidad contenidas en los préstamos a refinanciar, convencido de que la relación de fuerzas existente en el contexto internacional no permitía una solución mejor.

Esa propuesta fue aceptada por casi el 93% de los acreedores, con lo cual en el marco del derecho mercantil, aquí y en cualquier país del mundo, implica que el 7% restante solo puede adherir al acuerdo, lo que no hizo, incluso cuando se le

dio una nueva oportunidad. Es más, no se trata de los tenedores originales de los bonos sino de un fondo buitre que desvergonzadamente, violando los principios más elementales de buena fe, especula con la posibilidad de que un juez carente de jurisdicción, ejemplo de la negación de imparcialidad e independencia indispensables para su función, les facilite una impresionante ganancia. Es lo que Griesa ha hecho, poniendo en riesgo, no solo el próximo pago a los tenedores que aceptaron el acuerdo, sino la viabilidad de cualquier otro acuerdo de otros países deudores. Asimismo, en forma indirecta afecta gravemente el proceso de Integración Regional. Su última decisión tiene un nivel de degradación jurídica insólito. Ante el anuncio del ministro de Economía de la intención de pagar a los bonistas que ingresaron al canje en la Argentina, dispuso: "se prohíbe a la Argentina llevarlo adelante".

Se ha llegado a un momento crucial para la preservación de la identidad, la dignidad y la subsistencia misma de nuestro Pueblo. Por eso, es preciso recordar lo establecido, idénticamente, en el art. 1º de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y de los civiles y políticos (DCP): En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. "Medios de subsistencia" son según el diccionario "los medios necesarios para el sustento de la vida humana". La Declaración Universal de Derechos Humanos lo resume en su art. 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". En este sentido, es necesario atender al texto de los Principios Rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2012.

Afortunadamente la situación de hoy difiere de la de 1985. El avance en el proceso de integración regional (MERCOSUR, UNASUR, CELAC) abre una perspectiva de solidaridad ante la agresión vía judicial ilegitima, que ya tuvo un inicio en el pronunciamiento efectuado por el G77 más China, y en el reciente apoyo del MERCOSUR y la CELAC. Las acciones de los fondos buitres en los tribunales representan un peligro para los procesos actuales y futuros de reestructuración de la deuda, para los países en desarrollo y los desarrollados. Y por eso resulta crucial impedir que priven a los Estados de los recursos para proteger a su pueblo conforme al derecho internacional. Las circunstancias actuales son, sin duda alguna, producto de las políticas de endeudamiento irresponsable, fraudulento, y entreguista de diversos sectores políticos y económicos que han provocado la exclusión, miseria y dependencia económica de nuestro Pueblo. Consideramos que los tres poderes del gobierno argentino tienen la enorme responsabilidad de tomar una posición inoclaudicable frente a esta nueva forma de explotación y sometimiento de la economía y la política de un país en proceso de desarrollo, adoptando medidas que preserven la soberanía nacional y aseguren el avance en el nivel alcanzado de los

derechos económicos y sociales. Y que esas medidas sean apoyadas por todo el arco político que pregoná la defensa de los intereses nacionales, sin oportunismos banales. Señalamos la importancia del rol que en circunstancias como estas tienen los comunicadores sociales y los medios de información, por los terribles efectos que puede tener una comunicación irresponsable, alarmista y sesgada.

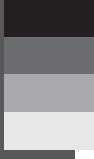
Convocamos asimismo a las organizaciones de abogados, jueces, funcionarios del Ministerio Público, y a las universidades a pronunciarse.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de junio de 2014

Dra. Claudia Rocca
Vicepresidenta

Dra. María González Díaz de Guijarro
Secretaria General Comisión Directiva Asociación Argentina de Juristas

Dr. Beinusz Szmukler
Presidente Consejo Consultivo Continental



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

ALBERDI, JUAN B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs. As., Losada, 2003.

ALBERDI, JUAN B., *Derecho público provincial*, Bs. As., La Ley, 2007.

ALCHOURRON C. E.; BULYGEN E., *Normative Systems*, Springer, Wien, 1971.

ARROW, KENNETH, *Social Choice and individual values*, Yale University Press, 1951.

BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., La Ley, t. II, 2004.

BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, t. II, 2008.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, t. II-B, 2005.

BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, t. V, 1966.

BORETTO, MAURICIO, *Reformas al Derecho Privado Patrimonial: en busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil*, La Ley, RCyS2013-III, 54.

CARLUCCI, PABLO, *Responsabilidad del Estado: nociones actuales e ideas futuras*, Inédito.

CASIELLO, JUAN J., “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto de Código”, La Ley 2013-E, 1.

CASSAGNE, JUAN C., *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*, Bs. As., La Ley, 2012-E, 1202.

CASSESE, SABINO, *Las bases del Derecho Administrativo*, Madrid, MAP, 1994.

COMADIRA, JULIO R., “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2001.

CUADROS, OSCAR, “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial”, en *DJ13/02/2013*, 1; *LLBA2013* (febrero), 1.

CUADROS, OSCAR, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.

CHIBÁN, NORA A., “La prueba del daño”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires, RAP, Ediciones especiales, 2008.

CHOLVIS, FRANCISCO *et al.*, *Función del Estado en la Economía*, Bs. As., Cuenca Ediciones, 1973.

DAVID LOCKHART-MURE RENTON, *Renton Report. The Preparation of Legislation*, Londres, 1975.

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1949.

EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., Depalma, t. IV, 1997.

FALCÓN, JUAN PABLO, *Mensajes y metamensajes. A propósito del fallo “Rodríguez Pereyra”*, Bs. As., La Ley, 2013-B.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo*, 2^a ed. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta SA, 1997.
- FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976.
- FLEINER, FRITZ, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Labor, 1933.
- GAMBIER, BELTRÁN y PERRINO, PABLO, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, en *JA*, 1996-IV.
- GELLI, MARÍA ÁNGELICA, *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., La Ley, 2003.
- GONZÁLEZ MORAS, JUAN M., “La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias”, en *RAP*, nº 348, 2012, p. 50.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, capítulo XVIII, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Ediciones UNSTA, 1982.
- KINDELMANN, HARALD, *Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 1979.
- LAFAILLE, HÉCTOR, *Derecho Civil - Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Ediar, t. VII, vol. II, 1950.
- LANTOS, NICOLÁS, “Los argentinos en conjunto tienen que cuidar esto”, en *Página/12*, Bs. As., 15/05/2014.
- LINARES, JUAN F., *Caso administrativo no previsto*, Bs. As., Astrea, 1976.
- LINARES, JUAN F., *En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario*, Bs. As., La Ley, 1974.
- LINARES, JUAN F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1975.
- LUPO, NICOLA, “Quando la legge si propone di semplificare ma, purtroppo non ci riesce. A proposito della legge 246 del 2005 (Legge di semplificazione 2005)”, en *Rassegna Parlamentare*, 1 de enero, Roma, Jovene editore, 2006.
- MARCEL, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. IV, 1987.
- MARTINO, ANTONIO A., “La contaminación legislativa se produce, como la ambiental, frente a un crecimiento incontrolado de la legislación y la imposibilidad de eliminar las escorias (normas abrogadas)”, en *La contaminación legislativa. Revista de Sociología y Psicología Jurídicas*, Barcelona, 1977.
- MARTINO, ANTONIO A., “La contaminación legislativa”, en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas* 1977, Colegio de Abogados de Barcelona, 1977.
- MARTINO, ANTONIO A., “Presentation of a Bill for the Recognition of the Electronic Document”, *The EDI Law Review*, Londres, 1994.
- MARTINO, ANTONIO A., “La contaminazione legislativa nell’ordinamento inquinato”, en *Studi Parlamentari e di politica Costituzionale*, X, nº 38, Roma, 1977.
- MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Aleman*, Bs. As., Depalma, 1982, t. IV.
- MORELLO, AUGUSTO M., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un doble blindaje*, Bs. As., La Ley, 2006-B.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

MOSSET ITURRASPE, JORGE “La teoría general de la responsabilidad civil y el Derecho administrativo”, en AAVV, *La responsabilidad - Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzel-Culzoni, nº 9, 2000.

PERRINO, PABLO y DE LA RIVA, IGNACIO, “Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en Pozo Gowland, Halperín, Aguilar Valdez, Juan Lima y Canosa (dirs.), *Procedimiento administrativo*, t. II, Bs. As., La Ley, 2014.

PERRINO, PABLO, “Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, en RAP, 2008.

PERRINO, PABLO, “Reclamo administrativo previo. La tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción”, en Cassagne, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Bs. As., Hammurabi, 2004, t. 1.

PIZARRO, RAMÓN D., *La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012*, Bs. As., La Ley, t. 1, 2013.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996.

REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, en AAVV, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1996.

REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969.

RITTO, GRACIELA B., “La responsabilidad del Estado en la reforma del Código Civil con las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional: la remisión a los principios del derecho administrativo nacional o local”, en *Doctrina Judicial*, Bs. As., La Ley, 2012-40.

SAID, JOSÉ LUIS, “Responsabilidad del Estado y justicia distributiva”, en *RAP*, nº 370, 2009.

SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “Derechos de incidencia colectiva, dominio público y responsabilidad del funcionario público en el Proyecto del Código Civil y Comercial Unificado”, en *Suplemento de Derecho Administrativo*, Edición Bimestral, 03/12/2013.

SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “El nuevo alcance de la competencia de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas: el avance del control público en el diseño de la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario público”, en *JA 2012-II-28/38*, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/08/2012.

SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “La nueva pauta del monto del perjuicio patrimonial en los sumarios administrativos disciplinarios”, en *La Ley on line*, 2013.

SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “Perspectivas jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nº 423, Bs. As., 13/01/2014.

SALOMONI, JORGE L., “Análisis sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario en las provincias argentinas”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público - Jornadas de la Universidad Austral*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2000.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- SALOMONI, JORGE L., “Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el Derecho Administrativo argentino”, en *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.
- SALOMONI, JORGE L., “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)”, en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo, Bs. As., 29/03/2000.
- SAMMARTINO, PATRICIO M. E., “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Bs. As., Ediciones RAP, 2008.
- SAMMARTINO, PATRICIO M. E., *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2003.
- SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y pueblo*, 2^a ed., Bs. As., Cuenca Ediciones, 1974.
- SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Bs. As., Bibliográfica Omeba, 1961.
- SCARPELLI, UBERTO, *Semantica giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1969.
- SCHMIDT-ABMANN, EBERHARD, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- SINGH, MAHENDRA P., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlín, Springer, 2001.
- TARSKI, ALFRED, *Logic, Semantics and Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, t. IV, 2004.
- TARSKI, ALFRED, “*The Semantic Conception of Truth*”, en *Philosophy and Phenomenological Research*, 4, 1944.
- TAWIL, GUIDO S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Bs. As., Depalma, 1989.
- VEGA, SUSANA E. y ROTAECHÉ, MARÍA J., “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado”, en *RAP*, n° 335, 2006.
- VEGA, SUSANA E. y ROTAECHÉ, MARÍA J., “La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso Mosca”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Rubinzel Culzoni, 2008.
- VON WRIGHT, G. H., “*Deontic logic*”, *Mind, New Series*, vol. 60, n° 237, Jan 1951.
- WALTER, CHARLES (ed.), “*Why an automated analysis of legislation?*”, *Computing Power and Legal Reasoning*, St. Paul, West Publishing Company, 1985.

Índice Temático

C

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES P. 22, 23, 25, 26, 38, 42, 43

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 6, 15, 19, 25, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 64, 65, 67, 71, 72, 75, 76, 77, 78, 81, 83, 90, 93, 94, 97, 104, 106, 107, 120, 152, 157, 158, 159, 167, 172, 173, 177, 181, 192, 200, 205, 207, 208, 209, 210, 212, 215, 217, 218, 220, 221, 224, 225, 226, 230, 233, 235, 237, 242, 243, 244, 255, 256, 257, 258, 260, 268, 270, 275, 276, 284, 285, 286

Asamblea Constituyente P. 5, 8, 52, 61
constitucionalismo P. 5, 6, 7, 11, 44, 66, 105, 108, 112, 151

Constitución de 1853-1860 P. 11, 15, 16, 20, 66, 101, 113

Constitución de 1949 P. 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 20, 50

constitución escrita P. 48, 49, 50, 51, 52, 70, 73
constitución real P. 48, 49, 50, 51, 52, 60, 63, 68, 70
reforma constitucional P. 31, 47, 52, 69, 73, 74, 103, 105, 113, 115, 265

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD P. 14, 36, 107, 226
declaración de inconstitucionalidad P. 35, 36, 37, 107

CONVERTIBILIDAD P. 126, 128

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 3, 35, 90, 107, 120, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 189, 190, 191, 193, 195, 196, 198, 199, 209, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 229, 230, 231, 234, 238, 240, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 275, 284, 285

D

DAÑO RESARCIBLE P. 221, 248, 250, 258

carga de la prueba P. 156, 248, 249, 254, 265, 266

factor de atribución P. 190, 191, 196, 199, 202, 245, 248, 253, 254, 266, 267, 268, 271
imputación del daño P. 251, 252, 263

DEMOCRACIA P. 7, 15, 16, 37, 49, 50, 61, 71, 72, 73, 75, 96, 99, 100, 106, 115, 117, 122, 151

DERECHO ADMINISTRATIVO P. 167, 177, 178, 179, 180, 182, 184, 185, 189, 199, 215, 216, 247, 269, 283, 284, 285, 286

agotamiento de la vía administrativa P. 167, 168, 169, 170, 171, 173, 176
procedimiento administrativo P. 167, 168, 169, 170, 172, 175

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS P. 39, 115, 167, 276

DERECHOS DE LAS MUJERES P. 115, 117, 118

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer P. 111, 120

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer P. 102, 110, 115, 116
violencia contra la mujer P. 104, 116

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES P. 13, 39, 115

DERECHOS HUMANOS P. 13, 20, 25, 26, 30, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 50, 58, 60, 71, 72, 89, 90, 97, 101, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 117, 121, 167, 215, 232, 279, 286

ÍNDICE TEMÁTICO

- Convención Americana sobre Derechos Humanos P. 15, 84, 110, 115
- Corte Interamericana de Derechos Humanos P. 22, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 110, 117, 121
- Declaración Universal de Derechos Humanos P. 15, 32, 45, 102, 105, 108, 167, 172, 279
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos P. 84, 87, 89, 93, 103, 105, 106, 107, 121
- política de derechos humanos P. 38, 43, 44, 45
- tratados internacionales de derechos humanos P. 26, 40, 41, 90, 167, 215, 286
- DERECHOS SUBJETIVOS** P. 39, 40, 41, 44, 45, 46, 104, 108, 109, 110, 111
- DEUDA EXTERNA** P. 5, 37, 38, 43, 129, 275, 277, 279
- DISCRIMINACIÓN** P. 15, 29, 71, 74, 93, 97, 102, 103, 106, 111, 112, 115, 117, 121, 122, 248, 261, 262
- E**
- ESTADO DE DERECHO** P. 32, 33, 34, 35, 36, 38, 46, 95, 101, 103, 104, 105, 106, 109, 122, 150, 192, 247
- Estado liberal de derecho P. 101, 103, 104, 106, 108
- L**
- LIBERALISMO** P. 9, 16, 17, 18, 19, 20, 59, 67, 91, 101
- P**
- PRINCIPIO DE IGUALDAD** P. 27, 93, 110, 200, 215, 242, 256, 276
- PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL** P. 247, 261, 265, 270, 285
- Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado P. 83, 84
- PUEBLOS ORIGINARIOS** P. 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 93
- posesión tradicional de los indígenas P. 86, 88
- propiedad comunitaria P. 83, 87, 88, 89, 90, 92, 93
- tierras tradicionales P. 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91
- R**
- RELACIÓN DE CAUSALIDAD** P. 240, 248, 253, 254, 265, 266, 271, 286
- teoría de la causalidad adecuada P. 253, 265, 266, 271
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO** P. 111, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 221, 222, 223, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 242, 243, 244, 245, 247, 248, 249, 251, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 262, 266, 268, 270, 271, 284, 285, 286
- responsabilidad extracontractual del Estado P. 193, 196, 198, 211, 219, 227, 239, 261, 267
- responsabilidad patrimonial del Estado P. 227, 262, 283
- RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO** P. 268, 269, 270, 285
- S**
- RÉGIMEN TRIBUTARIO** P. 79, 123, 125, 126
- impuesto a las ganancias P. 128, 131
- impuesto al cheque P. 131
- IVA P. 128, 130, 132
- sistema fiscal federal P. 123, 124, 125, 126
- T**
- TRATA DE PERSONAS** P. 104, 111, 116, 119, 120