

Nº1



CGPYR
magdigital

ESPECIAL Lanzamiento



Comité editorial

Directora:
Dra. Laura Fiore
Coordinadora:
Lic. Melisa Mertehikian

Jurisprudencia

Responsable:
Dr. Eduardo Sbriz
Coordinador:
Dr. Juan Novillo

Normativa

Responsable:
Dr. Carlos Aguirre
Coordinador:
Mariano Lombardi

Técnica

Fiscal-Ingresos Públicos:
Responsable:
Dr. Harry Schurig
Coordinadora:
Dra. Cristina del Carmen Mansilla
Contable-Financiera:
Responsable:
Cdora. Roxana Reinaudi
Coordinador:
Cdor. Cristian F. Kathrein

Organismos de Control e Investigación

Responsable:
Dra. Cecilia Bertolé
Coordinadora:
Dra. Gabriela Taberero

Interés general

Responsable:
Dra. Melania Alonso



Una suma de sensaciones y pensamientos se agolpan al momento de escribir esta presentación. Concretar un proyecto es siempre motivo de alegría y también de una satisfactoria liberación.

Aquello que hace meses constituyó un objetivo y que pudo haberse quedado en alguna simple intención con el peso de lo inconcluso, termina por convertirse en una realidad construida por un conjunto de personas que creyeron en ellas mismas y en la fortaleza que brinda el trabajo conjunto.

Energía, tiempo, responsabilidad, esperanzas potenciaron el resultado que hoy ponemos al servicio de los asociados, quienes ya son parte de los desafíos propuestos.

Este Boletín Digital, el primero que produce el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad, es fiel reflejo de los objetivos institucionales, los que se reiterarán en las sucesivas entregas.

Doctrina nacional y extranjera, opiniones profesionales y académicas, estudios especiales, normativa, jurisprudencia, novedades de interés; en definitiva, actualidad e información interdisciplinaria conforman el núcleo central que decidimos brindar.

Por el profundo respeto que merecen nuestros asociados, presentamos un Boletín contemplativo de las realidades nacionales, provinciales, municipales y hasta internacionales, prolijamente dirigido, organizado y coordinado por la Dra. Laura Fiore, la Licenciada Melisa Mertehikian –Directora y Subdirectora, respectivamente–, los responsables y los colaboradores de todas las secciones.

Desde lo personal, a cada uno de ellos, que son los verdaderos creadores, mi profundo agradecimiento porque pusieron a disposición no solo horas de trabajo, sino fundamentalmente el *corazón*, ingrediente esencial que impregna a esta obra de una impronta que estoy segura que los destinatarios sabrán valorar.

En definitiva, sabemos que no será ni el primero ni el último Boletín Digital en el medio, pero seguiremos adelante porque como enseñó la Madre Teresa de Calcuta: *“A veces sentimos que lo que hacemos es tan solo una gota en el mar, pero el mar sería menos si le faltara una gota”*.

A todos, BIENVENIDOS y GRACIAS.

Buenos Aires, julio de 2012

Dra. Miriam Mabel Ivanega
Presidente CGPyR

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Leonardo Massimino

A. Introducción.

El acceso a la información pública constituye un componente esencial de cualquier gobierno republicano y democrático. Se trata de un mecanismo de buen gobierno que, junto con la rendición de cuentas, hacen posibles las condiciones de participación y proximidad ciudadana en los procesos gubernamentales y que viabilizan los canales de comunicación entre el Estado y los ciudadanos¹.

La aceptación y realidad práctica de este derecho –aunque sus inicios se remontan a los orígenes mismos de nuestra nación²– implican, empero, un inacabado proceso de transformación en la concepción y práctica del ejercicio de la función pública, ya que significa someter la gestión gubernamental y el desempeño de la función pública al escrutinio crítico de la sociedad.

El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública resulta, por ende, un componente clave de la rendición de cuentas y la transparencia del Estado. Sin embargo, como todo derecho, está sujeto a determinadas limitaciones y ciertas vicisitudes en la práctica, cuyo

alcance y contenido dependen, en definitiva, de la concepción y/o naturaleza que se asigna a este derecho en un determinado ordenamiento.

En ese marco, el presente trabajo plantea algunas implicancias de concebir el acceso a la información como un derecho fundamental –tal como predicen la doctrina³ y jurisprudencia⁴ especializadas–, procurando delinear ciertos principios y tendencias generales que derivan de esa conceptualización en la actualidad.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar, se expondrán algunas distinciones –y relaciones– entre la ética, transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas. Posteriormente, se delinearé el concepto del acceso a la información pública como un derecho fundamental, procurando señalar el apoyo de esta concepción en la jurisprudencia y el marco legal de nuestro país. Luego se repararán algunos aspectos que derivan de esta concepción y finalmente se formularán algunas consideraciones a modo de conclusión.

B. Algunas precisiones terminológicas. Ética pública, transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas.

El acceso a la función pública está íntimamente vinculado con la transparencia, la cual importa un indicador ineludible del buen funcionamiento del Estado, promoviendo el comportamiento responsable de los funcionarios públicos. En este sentido, el acceso a la información pública adquiere dimensiones relevantes al construir una cultura de la función pública, haciendo de la transparencia una herramienta esencial en dicho proceso.

En el contexto actual, al referirnos a un gobierno transparente, importa referir –al mismo tiempo– una rendición de cuentas clara y completa y el acceso a la información por parte de quienes tienen a su cargo la gestión pública⁵.

En este apartado se remarca la estrecha relación que se presenta entre la ética pública –que se refleja con la ac-

¹Valverde Loya, Miguel A., *Transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas: experiencia en la Unión Europea y México*, IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, noviembre de 2004.

²Palacio, Susana B. y Olarte, Jorge E., “El primer presupuesto patrio”, *La Ley*, Suplemento actualidad, 24-5-2012, p. 1.

³Basterra, Marcela, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

⁴Ver jurisprudencia que se cita en el punto D.

⁵En relación con este tema, seguimos el trabajo de Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia*, Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, Toluca, México, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México, p. 2113.

tividad y el quehacer del funcionario público— y la transparencia, cuyo concepto conviene precisar. El concepto de transparencia se vincula, a su vez, con el acceso a la información y la rendición de cuentas, nociones éstas últimas a su vez diferenciables entre sí.



Sin entrar en distinciones filosóficas entre la ética y la moral, tendremos aquí estos términos como sinónimos e intercambiables⁶. La ética es una ciencia práctica que tiende a procurar “el bien puro y simple del hombre”, y no apunta a la perfección de la obra, sino a la “bondad o perfección misma del hombre”⁷.

Cuando la ética se aplica y se pone en práctica en el servicio público se denomina ética pública, también llamada ética para la política y la Administración pública. “La ética pública señala principios y valores deseables para ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña una función pública”⁸. Esta disciplina ofrece al servidor público un conocimiento que lo lleva a actuar de una determinada manera en cada situación, ofreciendo auxilio con respecto a la elección de las diversas situaciones que son convenientes o no para la colectividad.

La ética aplicada a la función pública es de vital importancia porque tiene como eje central la idea de

B.1. Ética pública, corrupción y eficiencia.

servicio, es decir, las tareas y actividades que realizan los funcionarios públicos están orientadas al bien común. La ética de la función pública es la ciencia del buen comportamiento en el servicio a la ciudadanía, es además un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso del poder público, un factor vital para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones. Por tanto, es un factor clave para elevar la calidad de la Administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos⁹.

La ética pública es, por tanto, un instrumento fundamental para evitar la corrupción al elegir a los representantes más idóneos para gobernar. En tal sentido, la ética pública aglutina un conjunto de valores como la honradez, la laboriosidad, la eficacia, la transparencia, la atención y el servicio al ciudadano, la imparcialidad, la objetividad y otros que hacen del trabajo en el sector público una inmensa tarea de la cual la sociedad espera frutos de calidad.

⁶ La palabra ética proviene del griego *ethos*, que significa costumbre, hábito. En latín, la palabra costumbre se designa con el término *mos, moris*, que también se traduce como moral. Con base en estas etimologías, es común llamar *moral* a la ética, términos que hacen referencia por tanto al modo de ser de las personas. La costumbre o *ethos*, es decir, la ética, proyecta al ser humano hacia una finalidad, le hace autodeterminarse, dándole a su vida sentido y calidad. Por lo tanto, las normas a las que hace referencia la ética apuntan a su valor fundamental: lo bueno y lo justo. *Ibidem*.

⁷ Coviello, Pedro J., “Reflexiones sobre la ética pública”, *La Ley*, Suplemento constitucional, 11-5-2012.

⁸ Bautista, Oscar D., *Ética pública y buen gobierno. Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público*, Toluca, México, Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), 2009, p. 32.

⁹ En relación con este concepto ver al mismo autor citado en la nota anterior Bautista, Oscar D., *Necesidad de la ética pública*, México, Serie Cuadernos de Ética Pública, N° 1, Poder Legislativo del Estado de México – UAEM, México, 2009, p. 15. También ver Coviello, Pedro J., *Reflexiones... op. cit.*, p. 12 y sigs.



La *transparencia* es uno de los valores éticos que todo funcionario público debe aplicar en el ejercicio de su función, de ahí la necesidad de detenernos en su análisis y en su confrontación con otros conceptos tales como el *derecho a la información*, el *acceso a la información* y la *rendición de cuentas* con los que la transparencia convive y se interrelaciona diariamente en la labor pública.

La transparencia en el gobierno, además de un valor, es un mecanismo fundamental de exigibilidad y de responsabilidad pública. Sin embargo, los alcances y el contenido del concepto constituyen una cuestión que suscita interpretaciones diversas, razón por la cual conviene realizar algunas precisiones.

La palabra transparencia se utiliza en tres sentidos: como cualidad de un objeto, como atributo de un sujeto y como atributo de un grupo o colección de sujetos (por ejemplo, un partido político, un sindicato, una agrupación gremial o un gobierno)¹⁰.

Como valor en constante y permanente evolución, la transparencia ha devenido necesaria para el ejercicio de un buen gobierno –en el cual exista disposición,



El derecho a la información se relaciona, como vemos, con el concepto de transparencia y, en algunas ocasiones, se lo identifica con el acceso a la información. Sin embargo, conviene tener presente ciertas distinciones entre estos vocablos, tal como se verá seguidamente.

Si bien existen varias definiciones en el campo doctrinario sobre el tema, podría afirmarse que el derecho

B.2. El valor de la transparencia.

clasificación adecuada, actualización, calidad, claridad y utilidad de la información– que se encuentra sujeto a la vigilancia y al escrutinio de la sociedad en su conjunto.

En tal sentido y a modo de ejemplo, el Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México (Infoem) señala que, en el ámbito del derecho a la información, la transparencia es la obligación que tienen los servidores públicos para proporcionar a toda persona interesada en los actos del gobierno, de manera clara y expedita, la información que se deriva de las funciones que desempeñan¹¹.

De ahí que la transparencia –y como lógico corolario suyo, el acceso a la información pública– sea el eje fundamental de la democracia. Su exigencia en el mundo contemporáneo tiene raíces profundas en el espíritu humano dado que desde tiempos inmemoriales la búsqueda de la verdad aparece como una urgencia del ser humano, solo que en este caso se aplica a los asuntos de interés público. En lo que hace a la transparencia, las acciones del gobierno deben orientarse a maximizar el uso social de la información y dar sentido a los principios democráticos de rendición de cuentas y publicidad¹².

B.3. Los conceptos de acceso a la información y derecho a la información.

a la información (en un sentido amplio y de acuerdo con el Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, informar y ser informada¹³.

Si bien los términos *transparencia*, *derecho de acceso a la información* y *rendición de cuentas* mantienen cierta relación entre sí, son conceptos diferenciables, razón por

¹¹ Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, 2009, Preguntas de interés general, México, ITAIPEM, <http://transparencia.edomex.gob.mx/informacion/formatos/preguntas2.htm> (consultado el 8 de junio de 2012).

¹² Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia... op. cit.*, p. 2119 y sigs.

¹³ El Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

¹⁰ Guerrero Gutiérrez, Eduardo, *Para entender la transparencia*, China, Nostra Ediciones, 2008, p. 11.



la cual conviene realizar algunas distinciones. En tal sentido, *acceso a la información* designa aquella información que *debe solicitarse* para obtenerla. El acceso a la información “es el ejercicio de un derecho ciudadano por medio del cual los gobernados pueden conocer, solicitar y supervisar las acciones de los gobernantes”¹⁴, por lo que la información debe ser de dominio público a menos que existan razones para reservarla.

En un sentido amplio, la transparencia importaría una determinada “política de transparencia”, en tanto que “acceso a la información” se entendería como “el derecho de acceso a la información”, siendo éste último un instrumento de la transparencia, la cual varía según la jurisdicción y el ámbito en el que se predique. El derecho de acceso a la información pública es, en la práctica, el derecho que tienen las personas para conocer los



El término *rendición de cuentas* está muy vinculado con la idea de controlar el poder, de prevenir y evitar sus abusos, de limitarlo a ciertas normas y reglas de conducta. Este concepto pone de manifiesto la preocupación por supervisar, controlar y restringir el poder, con lo que adquiere una gran relevancia democrática. Se dice que deriva de la palabra inglesa *accountability*, la cual a veces se traduce como control, otras como fiscalización o responsabilidad, pero la traducción más frecuente es como “rendición de cuentas” de quienes rinden y quienes exigen las cuentas¹⁸.

La noción de rendición de cuentas encierra, según la doctrina, dos dimensiones básicas. “Incluye, por un lado,

documentos que producen y manejan las autoridades públicas¹⁵, en el ejercicio de sus atribuciones y que puede llegar a ser un verdadero motor de la política de transparencia. En una definición similar, se ha dicho que el derecho de acceso a la información pública es, en principio, “la prerrogativa de toda persona para acceder y examinar datos y registros públicos en poder de los sujetos obligados, salvo las excepciones legítimas mínimas establecidas en la ley”¹⁶.

En esta segunda definición, aparecen resaltados dos aspectos de este derecho; por un lado, el acceso a la información y la posibilidad de revisar y analizar dicha información y, por otro, señala las excepciones a las que puede enfrentarse todo ciudadano y que se expresan a través de lo que se denomina información confidencial y reservada¹⁷.

B.4. La transparencia y la rendición de cuentas.

la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público. Por otro, incluye la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos”¹⁹. El concepto incluye, entonces, no solo el derecho a recibir información por parte de la comunidad, sino también la obligación, por parte de los funcionarios, de difundirla, es decir, incorpora el derecho a recibir una explicación como el deber de justificar el ejercicio de poder.

Concretamente, los gobernantes deben estar abiertos a la inspección pública, deben poder explicar y justificar sus actos, y si incurren en faltas o ilegalidades, deben sujetarse

¹⁵ Merino, Mauricio, “El desafío de la transparencia organizacional”, en Bustillos Roqueñí, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, México, UNAM, 2007, p. 128.

¹⁶ Guerrero Gutiérrez, Eduardo, *Para entender... op. cit.*, p. 78.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 79. Por *información confidencial* se entiende aquella que no puede hacerse pública indefinidamente para proteger la privacidad e intimidad de las personas y que es regulada por ley. La *información reservada* es aquella que no puede hacerse pública temporalmente por diversas razones, entre ellas, evitar daños a la seguridad nacional, las relaciones internacionales, la estabilidad económica, etc., y que también es regulada por ley.

¹⁹ Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Cuadernos de Transparencia, núm. 3, México, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), 2004, p. 12.

¹⁴ Escudero Morales, Pablo y Galindo Rodríguez, José, *Transparencia y rendición de cuentas en la CNDH, así como su función transversal de control en la Administración pública*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 13.

¹⁸ Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia... op. cit.*, p. 2126.



a las sanciones correspondientes. De este modo, la rendición de cuentas se transforma en un diálogo crítico entre funcionarios y ciudadanos, es un puente de comunicación permanente que se establece entre las autoridades y la sociedad. “Su misión está en reducir las incertidumbres del poder, limitar sus arbitrariedades, prevenir y remediar sus abusos, volver predecible su ejercicio, mantenerlo dentro de ciertas normas y procedimientos preestablecidos”²⁰.



En el ámbito internacional, el derecho de acceso a la información se encuentra previsto en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²¹, en el Artículo 13 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²² y en el Artículo 19 inciso 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³.

Por otra parte, la normativa de acceso a la información en el ámbito nacional es incipiente y difusa²⁴. Ello por cuanto, en nuestro país, aún carecemos de una normativa específica de acceso a la información pública. El Decreto N° 1.172/2003 (BO 4-12-2003) es la única disposición en la materia e incluye el reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional, publicidad de la gestión de intereses, pautas para la elaboración participativa de normas y las reuniones abiertas de los entes reguladores.

En definitiva, la gestión pública transparente comprende una rendición de cuentas clara y precisa por parte de quienes laboran en la gestión pública. Así, la rendición de cuentas se presenta como un verdadero principio de “eficiencia administrativa”.

C. El marco legal del acceso a la información. Reseña.

La ramificación normativa la encontramos en nuestra Constitución Nacional en los Artículos 1º, 14, 33, 38, 40, 41, 42, 43, 83 y en algunas leyes como la N° 24.240, y su última reforma (N° 26.361), de defensa del consumidor; Ley N° 25.326, protección de datos personales; Ley N° 25.600, de financiamiento de los partidos políticos; Ley N° 25.675, sobre política ambiental; Ley N° 25.831, reglamentaria del Artículo 41 de la Constitución Nacional sobre los derechos humanos de tercera generación, derecho a un ambiente sano y equilibrado; el ya citado Decreto N° 1.172/2003, de acceso a información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y en los Tratados Internacionales receptados en el Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

²⁰Ibídem, p. 24.

²¹Ver nota al pie n° 13.

²²La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13, inciso 1, establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

²³El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19, inciso 12, reza: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección”.

²⁴Al respecto puede verse, Páez Rodríguez, Patricia, *Acceso a la información pública en el ámbito nacional, provincial y municipal*, Córdoba, Sindicato del Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, 2012, p. 103 y sigs.



La jurisprudencia en nuestro país reconoce que el acceso a la información se erige como un derecho fundamental que se fundamenta en los citados Artículos 1º, 33 y 42 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional según lo previsto en la Carta Magna.

En tal sentido y tal como surge de los pronunciamientos que se refieren al tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho de acceso a la información constituye una de las dos facetas del derecho de la libertad de expresión. Por un lado, el derecho del individuo a manifestar su pensamiento y, por el otro, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. En estos precedentes se considera que la expresión y la difusión del pensamiento resultan indivisibles²⁵.

En la causa “Tiscornia, Sofía y otro c/ Estado Nacional. Ministerio del Interior y otro s/ amparo Ley N° 16.986”²⁶, además de reconocer legitimación activa a la actora, se obligó, en definitiva, al Estado Nacional –a través de la Policía Federal Argentina– a suministrar a la actora la información solicitada.

En este precedente, efectivamente, se reconoció legitimación al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) con el fin de accionar contra el Estado para garantizar el derecho a la información solicitada dado el propósito fijado en los estatutos, y consideró que los tratados de derechos humanos, entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Ley N° 23.054, posee jerarquía constitucional, según lo dispone el Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

La citada Convención, en su Artículo 13, inciso 1, reconoce a toda persona el derecho a la libertad de

D. La situación en la jurisprudencia.

pensamiento y expresión, señalando que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole.

Por su parte, en el caso “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional – Secretaría de Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”²⁷, la cuestión se vinculó con la publicidad de las declaraciones juradas de los senadores.

En efecto, en el caso se le ordenó, en definitiva, a la Secretaría Administrativa del Senado de la Nación que cumpliera su obligación legal de dar a conocer a la accionante las declaraciones juradas de los senadores, según lo requerido por la Ley N° 25.188.

Al respecto, se señaló que la lesión de los derechos humanos que reconoce en la Constitución Nacional puede producirse sea por una actividad como por una inactividad estatal, agregando –con cita expresa del Artículo 13, inciso 1º, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos– que los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional son superiores a las leyes desde la reforma constitucional del año 1994.

Asimismo, se dice en este precedente que el régimen legal dispone la obligatoriedad de las declaraciones juradas de aquellos sujetos que establece el Artículo 4º de la Ley N° 25.188, con la finalidad de lograr una mayor transparencia en el desarrollo de las funciones administrativas, judiciales y legislativas.

Posteriormente, en el caso “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”²⁸, se consideró que la publicación en el sitio de internet de los decretos administrativos y parlamentarios constituye una obligación de los

²⁵ Causa “Bullo Perea, Jorge Ignacio y otro c/ BANADE s/ amparo Ley N° 23.187”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 13-11-1992, *El Dial*, www.eldial.com, AAB93.

²⁶ En Causa N° 28833/96 de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 17-12-1997.

²⁷ Ver Expte. 14419/01, “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional – Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, 22-11-2001, publicado en *El Dial*, www.eldial.com, AAB93.

²⁸ Ver Causa N° 17426/2004, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 27-5-2005, *El Dial*/AA2A79.



respectivos secretarios, según lo prevén las normas que menciona el fallo.

La omisión de la referida publicación, en contra de lo dispuesto por el reglamento del Senado de la Nación, vulnera el derecho a la información reconocido en el Artículo 42 de la Constitución Nacional.

El principio de publicidad de los actos de gobierno, dice el fallo, constituye uno de los pilares de gobierno

republicano y existen diversas normas que colocan, en cabeza de los órganos y entes del Estado, el deber de dar a conocer información. En ese sentido, luego de referir al Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que las restricciones al derecho señalado deberán estar fijadas por ley, por motivos de seguridad nacional, orden público, salud o moral pública, lo cual no había ocurrido en el presente caso.



La afirmación de que el acceso a la información pública constituye un derecho fundamental importa adscribir a una determinada filosofía de los derechos humanos y fundamentales. La comprensión de esa significación y sus implicancias son decisivas en el examen del tema y, además, en la determinación del marco conceptual que se emplea para abordar los problemas que se suscitan al respecto.



El hilo conductor de los conceptos vertidos en la doctrina y jurisprudencia que reseñamos –y a partir de los cuales se introducen las mayores innovaciones– es que se reconoce el acceso a la información como un derecho fundamental. La instalación de los derechos fundamentales –en relación aquí con el acceso a la información– importa hacer referencia a las múltiples funciones que cumplen estos derechos, como por ejemplo las funciones informante, motriz y autolimitadora.

La función genérica que desempeñan los derechos humanos, como ideas fuerza que disponen de vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente, para acelerar el cambio y la transformación, es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición²⁹.

E. El acceso a la información pública como un derecho fundamental.

Si bien la cuestión es demasiado ardua para pretender explicarla de manera breve, basta con resaltar aquí algunos elementos de los derechos fundamentales que resultan útiles en este desarrollo –tales como una conceptualización, su caracterización y la función y/o finalidad, todo lo cual posee incidencia directa en esta temática. En los apartados siguientes nos referiremos en forma breve a algunos aspectos relevantes de esta cuestión, como ser los sujetos obligados por este derecho, su contenido y límites.

E.1. Algunas implicancias del acceso a la información como un derecho fundamental.

La primera función de los derechos fundamentales es, como se dijo, la de instalar al hombre en la comunidad política con un estatus satisfactorio para su dignidad de persona, que importa una órbita personal de libertad. Esta función conlleva una doble implicancia; por un lado, la limitación del Estado y del poder y, por el otro, la especial forma de legitimación de ese poder.

Los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el estatus material de la persona humana. Y tal sistema, una vez instalado constitucionalmente, se expande a todo el ordenamiento jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación. Esta sería la fórmula de la integración estatal.

En ese marco y en cuanto a la función informante y unificadora señalada, cabe decir que el sector

²⁹ Peces-Barba, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Latina Universitaria, 1980, 3ª edición, p. 109.

constitucional de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto integral de la constitución y del derecho sino que hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde éste, por el resto del ordenamiento infraconstitucional.

De lo anterior, puede inferirse fácil una función derivada. Los derechos fundamentales integrados al orden jurídico del Estado hacen el principio de unidad de dicho orden, en cuanto cristalizan valores que no solo completan la interpretación, sino que además promueven el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de esos valores. En tal sentido, la ética pública, la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información constituyen valores que informan todo el ordenamiento e impactan directamente en la actividad estatal, tal como se analizó al comienzo de este trabajo.

La función motriz de los derechos fundamentales—en este caso el acceso a la información— resulta esencial para la vigencia del derecho de acceso a la información. En efecto, como la eficacia es esencial a la positividad, se adjudica a los derechos fundamentales otra función

motriz, cual es la de fundar la tutela jurisdiccional mediante vías y órganos idóneos, lo cual nos conduce a la cuestión de la autoridad de aplicación y/o de los sujetos obligados a brindar o asegurar el acceso a la información pública.

El quehacer de los derechos fundamentales no se agota en lo normativo y sus implicancias, sino que se proyecta más allá y tiene que ver con lo que la doctrina ha señalado respecto de la necesidad de proyectar los derechos humanos hacia la promoción y realización³⁰ efectiva de políticas de bienestar en el área económica, social y cultural, para crear, consolidar y difundir condiciones de bienestar común y de acceso al goce de los derechos por parte de todos los hombres, principalmente los menos favorecidos. Esto nos lleva a una cuestión sustancial y es que los propios derechos, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio de otros que la tienen disminuida o impedida por razones que les exceden, lo cual constituye la función autolimitadora de los derechos fundamentales.

E.2. El acceso a la información pública como un derecho fundamental. Contenido.

naturaleza humana³³. Se comprende, por lógica ilación, que si estos derechos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, de algún modo, con la inherencia a la naturaleza humana³⁴.

En el mismo sentido, la jurisprudencia señala—como vemos *ut supra*— que el acceso a la información pública es un derecho fundamental de las personas que hace, además, al sistema republicano de gobierno. De esta manera, y como corolario del ya mentado concepto amplio dispuesto en el Artículo 19 de la CIDH, el acceso a

Existe una significativa relación entre los llamados derechos humanos y los derechos fundamentales pues, si bien los primeros se encuentran en principio en el orbe de lo teórico y conforman los aspectos o atributos que en un momento determinado se consideran inherentes a la naturaleza humana (como pueden ser su dignidad, libertad, igualdad), los mentados en segundo lugar, en cambio, son aquellos positivizados en el ordenamiento de un Estado determinado³¹.

La noción de que el ser humano tiene por naturaleza ciertos derechos viene dada por Del Vecchio³² y sirve de base en Maritain a su filosofía de los derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que “hay”

 ³¹ Pérez Luño define los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Por su parte, “derechos fundamentales” son, según el autor, “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (cfr. Pérez Luño, *Derechos Fundamentales... op. cit.*, p. 46).

 ³² Del Vecchio, Giorgio, “Persona, Estado y derecho”, p. 349, citado por Bidart Campos, Germán, *Teoría General... op. cit.*, p. 3.

³⁰ Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 63 

³³ Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, editorial Leviatán, 1982, p. 89. 

³⁴ Bidart Campos, *Teoría General... op. cit.*, p. 3. Finnis, John M., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1988. 

la información pública importa, entonces, los siguientes derechos, a saber:

- a. El derecho a atraerse información. Esto incluye las facultades de: a) acceso a los archivos, registros y documentos públicos; y b) la decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.
- b. El derecho a informar incluye: a) las libertades de expresión y de imprenta, y b) la constitución de sociedades y empresas informativas.
- c. El derecho a ser informado, que contiene las

facultades de: a) recibir información objetiva, oportuna y completa; y b) con carácter universal, es decir, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna³⁵.

El derecho a la información presenta, en consecuencia, sendos aspectos que se encuentran relacionados entre sí, a saber: por un lado, incluye al sujeto que informa, que es un sujeto activo y, por otro lado, al receptor de la información que es un sujeto pasivo, quien debe exigir de aquel una cierta calidad de la información, tal como se verá en el apartado siguiente.

E.3. La cuestión del sujeto pasivo del derecho y de su obligación.

En el análisis del tema resulta necesario, además de determinar el contenido del derecho de acceso a la información, responder a las siguientes preguntas: ¿frente a quién (sujeto pasivo) se ostenta la titularidad del derecho?, ¿frente a quién es oponible o puede hacerlos valer el titular? y ¿cuál es el deber o la obligación que ante este último tiene que cumplir aquél sujeto pasivo a favor del titular, para que los derechos sean efectivos? Si no hay frente a quien se haga valer el derecho, la persona no puede demandar nada a nadie³⁶.

Cada vez que se proponga un derecho a una persona determinada, habrá que dilucidar una cuestión tan sencilla como imprescindible: cuál es el sujeto pasivo ante el cual su titular puede hacer exigible el goce y ejercicio, y cuál es la obligación que aquel sujeto debe cumplir a su favor³⁷.

Al respecto, algún sector de la doctrina afirma que los obligados a dar información son determinados sectores del Estado³⁸. Otros incluyen, además, todas las autoridades públicas cualquiera sea el nivel y jurisdicción en el que se desempeñen³⁹. Finalmente, hay quienes consideran, en una posición más amplia, que este imperativo se extiende a todos los sujetos que posean información (sean públicos o privados) y como tal, deben ponerla a disposición de terceros⁴⁰. Es decir, según esta última posición, el acceso a la información acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares⁴¹.

³⁵ Zaldivar, Ángel T., *La transparencia y el acceso a la información como política pública y su impacto en la sociedad y el gobierno*, México, Porrúa, 2006, p. 34.

³⁸ García Lema, Tomás A., *El derecho al acceso a la información: creación, estructura, competencias y facultades de una nueva autoridad de aplicación*, inédito, tesina presentada para optar para el título de magíster en derecho administrativo de la Universidad Austral, mayo de 2012, p. 61 y sigs.

³⁹ Para ampliar, Basterra, Marcela, *El derecho fundamental... op. cit.*, p. 1 y sigs.

⁴⁰ Ver el alcance planteado al respecto en Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia... op. cit.*, p. 2117.

⁴¹ Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 314, citado por Bidart Campos, Germán, *Teoría General... op. cit.*, p. 63. Este autor arrima dos argumentos básicos para apoyar la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados. El primero que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de dar coherencia interna del ordenamiento jurídico. El segundo, dice el autor, obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones más importantes que las del propio Estado en la violación de los derechos fundamentales.

³⁶ Finnis, John M., *Aquinas. Moral... op. cit.*, p. 1 y sigs.

³⁷ Al respecto, Bidart Campos afirma que nada se avanza en reconocer derechos que nadie niega sino que frente a cada uno no se sitúa un sujeto pasivo con el correspondiente débito, cuyo cumplimiento pueda ser requerido por el titular del derecho. El autor cita a E. H. Carr, que en 1947 decía: “[...] que ninguna declaración de derechos que no contenga también una declaración de obligaciones correlativas puede tener un significado trascendental” (“Los derechos del hombre”, en obra colectiva *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, p. 27. Ver Bidart Campos, G., *Teoría General... op. cit.*, p. 6.



Uno de los temas más opinables vinculados a la problemática del acceso a la información es la necesidad o no de creación de una autoridad de aplicación efectiva para el ejercicio de las funciones que se le asignen y su ubicación institucional, todo lo cual de un modo compatible con el régimen republicano de división de Poderes.

En nuestro país, si bien carecemos, como se dijo, de una ley de acceso a la información pública, tramitaron varios proyectos tendientes a crear un régimen sobre la materia. En los debates originados ante la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados hubo propuestas de la creación de una autoridad de aplicación en el ámbito del Congreso de la Nación⁴².

Las razones que se esgrimen para la creación de la autoridad en ese ámbito fueron, entre otras, la autonomía funcional, la idoneidad técnica y la estabilidad funcional. Dado que, para cierto sector, la obligación de dar a



El acceso a la información pública, empero, no es absoluto sino que, como todo derecho, está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, según lo disponen los distintos ordenamientos. Las limitaciones deben establecerse por razones de interés general y deben resguardar los estándares actuales de razonabilidad en los términos del Artículo 28 de la Constitución Nacional.

En ese entendimiento, este derecho fundamental debe armonizarse con otros derechos tales como la privacidad de las personas, en el cual se excluye a otros individuos, organizaciones y el Estado del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona. Se vincula con otros derechos específicos, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones privadas, al honor y la integridad de la propia imagen, y a ser respetado y no

E.4. La cuestión de la autoridad de aplicación.

conocer la información recae sobre los tres Poderes del Estado, también es posible sostener que esta autoridad debiera ser un órgano independiente del Estado.

Por otra parte, en el ámbito de la OEA se elaboró la ley modelo interamericana sobre acceso a la información; ello en cumplimiento del párrafo 9 de la Resolución AG/Res. 2514, que encomendó al Departamento del Derecho Internacional –en cooperación con el Comité Jurídico Interamericano, la Relatoría Especial de Libertad para la Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Departamento de Modernización del Estado y Gobernabilidad– la confección de una ley modelo de acceso a la información pública y una guía para su aplicación, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

En el título VI de la ley prevé el aspecto de la autoridad de aplicación, que se denominó “Comisión de Información”, cuya principal función consiste en promover la efectiva implementación de la ley.

F. Los límites al derecho de acceso de información pública.

molestado. Se relaciona también con la libertad de pensamiento e ideas, de procreación, de expresión y de imprenta, puesto que el respeto a la vida privada de los individuos constituye una limitante a su ejercicio⁴³.

Suelen establecerse límites al derecho a la información por razones de seguridad nacional o por otras causales⁴⁴. En la Unión Europea se distinguen las categorías de información “top secret”, “secret”, “confidential” y “restricted”. La primera se aplica a toda información y material cuya difusión no autorizada pueda causar “perjuicios excepcionalmente graves” para los intereses de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembro; la clasificación “secret” es para aquella que pueda dañar seriamente los “intereses esenciales” de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembro; la “confidential” tiene

⁴² García Lema, Tomás A., *El derecho al acceso a la información... op. cit.*, p. 55 y sigs. El autor señala que en algunos proyectos se propuso la siguiente fórmula: “Créase en el ámbito del Congreso de la Nación la Autoridad Nacional de Acceso a la Información Pública que funcionará como órgano independiente y actuará con autonomía funcional, no encontrándose sometida a ninguna relación jerárquica ni de tutela con otra autoridad de la Nación”.

⁴³ Urías, Joaquín, *Lecciones de derecho de la información*, Madrid Tecnos, 2009, segunda edición, p. 185.

⁴⁴ Valverde Loya, Miguel A., *Transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas... op. cit.*, p. 3.



que ver también con potenciales daños a intereses esenciales si se divulga sin autorización, pero involucra a un número más amplio de funcionarios con acceso a ella; y la “restricted” es aquella cuya difusión puede resultar “desventajosa” para los intereses de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembro. En Estados Unidos, existe un plazo en el cual prescribe la prohibición de acceso a cualquier información gubernamental. Una vez concluido este plazo, cualquier ciudadano puede hacer la petición formal de que se vuelva pública.



Los crecientes requerimientos de mayor transparencia y ética en el ejercicio de las funciones estatales irradian sus efectos en forma transversal en todo el ordenamiento jurídico y en todas las ramas del derecho.

El acceso a la información pública adquiere dimensiones relevantes al construir una cultura de la función pública, haciendo de la transparencia una herramienta esencial en dicho proceso. En el contexto actual, al referirnos a un gobierno transparente, importa referir – al mismo tiempo– a una rendición de cuentas suficiente y permitir el acceso a la información pública por parte de quienes tienen a su cargo la gestión pública.

En tal sentido, la filosofía inherente a los derechos humanos que receptan los precedentes judiciales citados

El tener información de acceso restringido o secreta puede ser una necesidad del quehacer estatal, y sirve tanto a los intereses del Estado como de los ciudadanos. Sin embargo, estas restricciones presentan el costo de no permitir una revisión amplia que viabilice la retroalimentación y puede usarse de manera indebida. Por esa razón, es relevante establecer especificaciones legales claras y precisas, de cuándo y en qué condiciones la información resulta de acceso restringido.

G. Algunas consideraciones a modo de conclusión.

en este trabajo –alineados con los pronunciamientos que se vislumbran en el derecho comparado– consagra el acceso a la información pública como un derecho fundamental de la persona, y estos derechos inciden en otros derechos del ámbito personal y social del individuo, con lo que entra a jugar la dimensión institucional de este derecho.

Las diferentes cuestiones o los dilemas en torno al tema del acceso a la información pública –algunos de los cuales hemos repasado en este trabajo– deben abordarse, en definitiva, a partir del marco teórico como fundamento primero y último de nuevos horizontes en esta materia, sin dejar de mencionar –claro está– que tal filosofía, en prospectiva, está llamada a producir significativas implicancias en el campo del derecho. *

 **Normativa relacionada.**

Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 19.
Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13, inciso 1.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19, inciso 12.
Constitución Nacional, Artículos 1º, 14, 33, 38, 40, 41, 42, 43, 75 inc. 22 y 83.
Decreto N° 1.172/2003 (BO 4-12-2003).

 **Leyes vinculadas.**

Ley N° 24.240 (y su última reforma, Ley N° 26.361), de defensa del consumidor.
Ley N° 25.326, de protección de datos personales.
Ley N° 25.600, de financiamiento de los partidos políticos.
Ley N° 25.675, sobre política ambiental.
Ley N° 25.831, sobre los derechos humanos de tercera generación, derecho a un ambiente sano y equilibrado.

 **Jurisprudencia.**

“Tiscornia, Sofia y otro c/ Estado Nacional. Ministerio del Interior y otro s/ amparo Ley N° 16.986”, en Causa N° 28833/96 de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 17-12-1997.

“Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional – Secretaría de Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, 22-11-2001.

“Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 27-5-2005.

 **Normativa y jurisprudencia de acceso a los documentos de las instituciones y órganos de la UE.**

Artículo 255 del Tratado CE.
Artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales.
Reglamento (EC) 1049/2001.
El Tratado de Reforma.
Informe de la Comisión Europea N° 24.9.07.
http://lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2007/com2007_0548en01.pdf.
Caso “Bavarian Lager”.
EO, “Caso maltés”. <http://www.ombudsman.europa.eu/recommen/en/053643.htm#Target3>.
Caso “Satakunnan Markkinaporssi”.

CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA EN COLOMBIA

Conferencia dictada por el Dr. Luis G. Salazar Otero en el marco del IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario y II Jornadas Provinciales de Control Público organizadas en la Ciudad de Santa Rosa, La Pampa, Rep. Argentina, los días 12 y 13 de abril de 2012.

Luis G. Salazar Otero

Me ha correspondido, en el día de hoy, el tema relacionado con el control judicial de la potestad disciplinaria en nuestro país.

En la concepción de un Estado social de Derecho como el consagrado en Colombia por la Carta Política de 1991, a los servidores públicos les corresponde asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, del mismo modo que son responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, las cuales deben desempeñar con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

Desde esa perspectiva constitucional, en el campo disciplinario el servidor público es responsable de ese actuar positivo o negativo, siempre y cuando se establezca su culpabilidad, en la medida en que la responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a la función pública, previamente determinados y propios del Estado de Derecho, que imponen su sometimiento a unas reglas generales y abstractas con la finalidad de evitar la arbitrariedad.

Por lo mismo, no puede haber empleo público cuyas funciones no estén señaladas en la ley o el reglamento, al igual que está previsto que ningún servidor público entre a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Los alcances y términos de la responsabilidad disciplinaria que pueda ser atribuida a los servidores públicos, porque el ejercicio de la función atenta contra la vigencia del ordenamiento jurídico o desconozca sus mismas finalidades, por mandato constitucional le corresponde fijarlos al legislador, en la medida en que será la ley la encargada de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, según los términos del Artículo 124 superior¹.

Luego la forma de ejercitar la potestad disciplinaria del Estado respecto de sus servidores públicos se encuentra autorizada en la Constitución, cuando permite el retiro del

servidor por violación del régimen disciplinario, en la función otorgada al Congreso de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y en el ejercicio preferente del poder disciplinario atribuido al Procurador General de la Nación.

El Estado no podría alcanzar sus fines si careciera de un sistema jurídico encargado de regular el comportamiento disciplinario de sus servidores, señalando sus deberes y obligaciones, las faltas, las sanciones y los procedimientos que permitan su aplicación. Eso justifica la existencia de un derecho disciplinario, consustancial a la organización política y parte del conjunto de las instituciones jurídicas del país.

El poder disciplinario, previsto por la Constitución, la ley y el reglamento, tiene por destinatarios a los servidores públicos, y en consecuencia a él se someten tanto los miembros de las corporaciones públicas, como los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

La potestad disciplinaria del Estado se encuadra dentro del denominado derecho administrativo disciplinario, conformado por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten la imposición de sanciones a los servidores públicos cuando violan sus deberes, obligaciones o vulneran las prohibiciones e incompatibilidades establecidas por la ley, a través del correspondiente proceso disciplinario, caracterizado por su finalidad sancionatoria y su naturaleza administrativa.

El carácter sancionatorio exige la vigencia de los principios y las garantías sustanciales y procesales del mismo, esto es, la protección de los derechos fundamentales del servidor público investigado, entre los cuales cabe mencionar la honra, el buen nombre, el trabajo, el desempeño de funciones y cargos públicos, facilitando el control de la potestad punitiva del Estado; mientras la naturaleza administrativa emerge de las autoridades encargadas de adelantarlo, de la clase de las sanciones a imponer como de su forma de aplicación.

¹Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

La Ley N° 734 de 2002, o Código Disciplinario Único, expedida por el Congreso de la República, en desarrollo de la atribución conferida por el Artículo 124 de la Carta Política, es un cuerpo orgánico que señala los deberes, las prohibiciones, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los derechos y las funciones de los servidores públicos, como las faltas, los procedimientos y las sanciones.

Desde la Ley N° 200 de 1995, se había dado fin a la multiplicidad de regímenes disciplinarios existentes, que dificultaban la aplicación del derecho disciplinario o vulneraban el principio de igualdad, puesto que en su Artículo 177² establecía su aplicación a todos los servidores públicos, al mismo tiempo que derogaba las disposiciones generales o especiales en materia disciplinaria del nivel nacional, distrital, departamental y municipal, con las excepciones establecidas en la propia Carta Política.

La unificación del derecho disciplinario en un solo cuerpo de normas que lo hacen razonable, constituye un avance positivo y ha arrojado resultados en el ejercicio de la

potestad disciplinaria, ya que su concentración en un solo procedimiento la hace ágil y eficaz en beneficio de la función encomendada al servidor público.

En ese mismo sentido, la preservación de regímenes especiales no entorpece el derecho disciplinario, solo porque altos dignatarios con fuero disciplinario sean investigados únicamente por la Cámara de Representantes, por ejemplo, el Presidente de la República, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación³, o porque la misma Constitución disponga que los miembros de la fuerza pública se encuentran sujetos a un régimen disciplinario propio⁴.

Mención aparte merece el hecho de que la potestad disciplinaria, respecto de los funcionarios judiciales que carecen de fuero, haya sido entregada por la Constitución de 1991 a Salas Especializadas del Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales, entidades a las que les corresponde examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios públicos, de acuerdo con la

³ Artículo 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:

3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.

4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado.

5. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.

⁴ Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

² Artículo 177. *Vigencia.* Esta ley regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la Nación, por los Personeros, por las Administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos que tengan competencia disciplinaria. Se aplicará a todos los servidores públicos *sin excepción alguna* y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel Nacional, Departamental, Distrital o Municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 175 de este Código. Texto destacado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante *Sentencia C-280 de 1996*.

Carta Política⁵, sin que la misma impida que en ejercicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, esta entidad pueda adelantar las investigaciones contra miembros de esa rama del poder público e imponer las sanciones previstas en la ley, siempre que dicha competencia no haya sido asumida a prevención por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo precisó la Corte Constitucional, en la sentencia de control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. De modo que asumida la competencia por parte del Consejo Superior o Consejos seccionales, no podrán ser desplazados, además de que con esto se evita la dualidad de investigaciones y de paso eventuales contradicciones en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Al declarar la exequibilidad del Artículo 51 del Decreto N° 1.888 de 1989⁶, normativa que introdujo modificaciones al régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional, precisó que como estos últimos no administran justicia, la Procuraduría General de la Nación podía desplazar a su superior jerárquico en el ejercicio de la potestad disciplinaria, en virtud de la cláusula general de competencia prevista en la Carta Magna⁷; desplazamiento que evita la duplicidad de procesos y la colisión de competencia respecto de un mismo hecho.

Con la reforma constitucional de 1991 que, como ya se dijo, entregó la potestad disciplinaria al Consejo Superior de la Judicatura y los consejos seccionales, las decisiones emitidas por ellos dentro del proceso disciplinario adelantado al funcionario judicial conservan su

naturaleza de acto judicial, lo cual tiene fundamento en la Constitución Política⁸.

El canon constitucional señala los órganos que administran justicia, dentro de los cuales está el Consejo Superior de la Judicatura; luego es la propia Constitución la que ha indicado el órgano encargado de investigar la conducta del funcionario judicial y de imponer las correspondientes sanciones, otorgándole el carácter de providencia judicial al acto mediante el cual se pronuncia. La creación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no deja duda de la intención del constituyente de garantizar que el interior de la rama judicial, un órgano autónomo de igual rango al de las demás Cortes, fuera el encargado de examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios judiciales, con excepción de aquellos que gozan de fuero constitucional.

La Corte Constitucional⁹ se ha pronunciado de la siguiente forma con plena vigencia en la actualidad:

“En conclusión, se tiene que el inciso final del Artículo 61 de la Ley N° 200 de 1995 no infringe la Constitución al atribuirle competencia a las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales, para investigar a los funcionarios de la rama judicial, siempre y cuando se entienda en los mismos términos señalados en la sentencia antes transcrita (C-417/93), esto es, que tal competencia solo recae sobre los funcionarios que administran justicia –jueces y magistrados que no gozan de fuero constitucional [...]”.

“El poder preferente de la Procuraduría General de la Nación para investigar a funcionarios de la rama judicial que carecen de fuero y a los empleados de la misma

⁵ Artículo 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

⁶ Artículo 51. Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales son actos jurisdiccionales, no susceptibles de acción contencioso administrativa.

⁷ Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

⁸ Artículo 116. Modificado por el Art. 1°, Acto Legislativo N° 03 de 2002. *El nuevo texto es el siguiente:* La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

⁹ Sentencia C-244 de 1996.

tampoco vulnera el Estatuto Superior, siempre y cuando en el caso de los funcionarios dicha competencia 'no haya sido asumida a prevención por parte del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 CP)'. No ocurre lo mismo con los empleados, pues según el Artículo 115 de la ley estatutaria de la administración de justicia, la Procuraduría puede desplazar al superior jerárquico que esté adelantando el proceso”.

En consecuencia, la titularidad de la acción disciplinaria contra los funcionarios judiciales que corresponde al Estado se ejerce actualmente sin discusión por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y por las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales, en cuanto que el vigente Código Disciplinario Único reprodujo la norma que la Corte Constitucional encontró conforme con la Carta Política.

Como el ejercicio de la función jurisdiccional se desarrolla con una sucesión de actos procesales que finalmente conducen a una decisión que le pone fin al proceso, esto es, que define la controversia sometida a conocimiento del órgano competente, la cual está atribuida a los mencionados órganos, las decisiones impartidas tienen el carácter de judiciales, y por eso mismo no están sometidas a control administrativo, pero eso sí, son susceptibles de los recursos ordinarios y excepcionalmente controlables por la vía de la acción de tutela.

En dichos términos, es preciso advertir que cuando la sanción disciplinaria es impuesta por una autoridad judicial, la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es de naturaleza jurisdiccional.

La procedencia de la tutela respecto de ella, en el caso que se alegue la vulneración de derechos fundamentales durante el trámite del proceso disciplinario, no muda su carácter, en razón a que dicha acción constitucional¹⁰

también procede en relación con la decisión judicial.

En el precedente constitucional que acaba de citarse se anota:

“Advierte en todo caso que si una providencia que resuelva un asunto disciplinario contiene, en los términos que ha definido la Corte Constitucional, una vía de hecho que acarree la ostensible vulneración de un derecho constitucional fundamental, entonces será posible acudir a un medio de defensa judicial como la acción de tutela para reparar el menoscabo que se ha causado mediante esa decisión”.

Así las cosas, la potestad disciplinaria deferida al Consejo Superior de la Judicatura y Consejos Seccionales es judicial por naturaleza y respecto de ella no opera ningún control por fuera del contexto del mismo proceso; excepción hecha de la acción de tutela, según se dijo, es un mecanismo judicial protector de los derechos fundamentales.

¿Existe, entonces, un control judicial a la potestad disciplinaria?

La respuesta al interrogante es afirmativa, pero se vincula con la titularidad de la acción disciplinaria y de la autoridad que la ejerza. Como la ley la fija en las oficinas de control disciplinario interno y en los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, por su naturaleza las decisiones adoptadas por ellas son de carácter administrativo.

La misma ley dispone que la actuación disciplinaria no solo se desarrolla conforme a los principios rectores consagrados en el Código Disciplinario Único, sino también con observancia de los previstos en el Código

¹⁰ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Contencioso Administrativo¹¹; y al mismo tiempo que señala los requisitos dentro de los cuales debe adelantarse aquella, advierte que las demás formalidades se regirán por las normas del Código Contencioso.

Entonces las decisiones sancionatorias adoptadas en el proceso disciplinario, como actos administrativos que son, en razón de las autoridades que las imparten y de los principios y las formalidades que debe observar la actuación disciplinaria, están sometidas al control judicial ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, respecto del cual no queda duda cuando la ley advierte que la petición de revocatoria de un fallo y la decisión que la resuelve no reviven los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas.

Las funciones de policía judicial que la misma Constitución le atribuye a la Procuraduría para el cumplimiento de sus funciones, en este caso de carácter disciplinario, no pueden ser confundidas ni equiparadas con la función judicial para negarle la naturaleza administrativa a sus decisiones, puesto que en ninguna

parte del ordenamiento jurídico se confiere a dicho organismo la función de administrar justicia.

Por consiguiente, dentro del control jurisdiccional de la actividad administrativa, se establece como extensión de ese control la posibilidad de juzgar los actos administrativos mediante la acción de nulidad prevista en el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Artículo 14 del Decreto N° 2.304 de 1989¹², de acuerdo con el cual toda persona podrá solicitar por sí o por intermedio de un representante que se declare la nulidad de los actos administrativos, la cual procederá cuando el mismo infrinja las normas en que debería fundarse, haya sido expedido por funcionario u organismo incompetente, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

Es este el mecanismo fijado por la ley, para el control judicial de la potestad disciplinaria que corresponde a los distintos órganos y entes de las ramas y administración encargadas de ejercerla.

¹¹ Artículo 3°. Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo *de oficio* o a petición del interesado. Texto destacado declarado *inexequible*.

En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los Artículos 1° de la Ley N° 58 de 1982 y 32 de este Código.

¹² Artículo 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

El Consejo de Estado ha precisado que el debate como fruto del control judicial debe darse en torno a la protección de las garantías básicas, cuando el proceso disciplinario ha sido incapaz de brindarla, porque en su trámite se desconocieron derechos fundamentales del disciplinado que tienen que ver con el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y, en especial, la producción y valoración de las pruebas con sujeción a las reglas constitucionales y legales.

La competencia disciplinaria debe ser ejercida de acuerdo con el procedimiento en el Código Disciplinario Único, cuyos principios y garantías del inculpado, en razón a su naturaleza sancionatoria, ampara el derecho de defensa, la publicidad, la contradicción de la prueba, el derecho a presentar alegaciones, así como la posibilidad de una doble instancia y en general que el acto final por el que se impone un castigo sea resultado de la participación efectiva del disciplinado.

A partir de la presunción de legalidad inherente a los actos de la Administración, ya que la misma tiene un mayor reconocimiento en el juicio disciplinario, se considera que “es propio de la actividad disciplinaria ejercida a la luz del Código de la materia, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional que se adelanta con la participación plena del sancionado. Por ello, cuando el asunto se traslada, y emerge el momento de control judicial en sede contencioso administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor está en capacidad de erosionar el fallo disciplinario, dotado como el que más, de la presunción de legalidad y acierto, todo desde luego sin perjuicio de la evaluación que se haga en cada caso concreto”.

La posibilidad de demandar mediante la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa las decisiones que ponen fin al proceso disciplinario, no significa revivir el debate agotado ante las autoridades disciplinarias, en el entendido de que dicha acción no es prolongación del mismo, por ser al interior de aquel en el que la crítica probatoria y el debate jurídico han de suscitarse, para determinar a la postre si se impone o no la respectiva sanción.

Una concepción como la expuesta evita que por el control judicial la jurisdicción contenciosa tenga que ocuparse de resolver la diversidad de criterios acerca de lo que la prueba enseña, o que mediante ella se presente una visión distinta a la de la autoridad disciplinaria, toda vez que a través de dicha acción corresponde demostrar que la decisión se aparta de lo manifestado en el juicio disciplinario, sin necesidad de profundos y concienzudos

estudios, por ser evidente su ilegalidad.

Por lo tanto, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la Administración, en este caso de la decisión disciplinaria, no es una puerta abierta para que por ella ingrese la posibilidad de adelantar un nuevo análisis de la prueba, sino el debate acerca de la vulneración de los principios y de las garantías básicas que orientan y dentro de las cuales debe desarrollarse el proceso disciplinario.

Por esa misma razón, la jurisdicción contenciosa ha dicho que el juzgamiento de los actos de la Administración no está encaminado a sustituir de cualquier forma el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, como tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues los mismos están sometidos a la jurisdicción.

Al control judicial ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde verificar que las pruebas fueron producidas, aducidas y valoradas con observancia de las reglas constitucionales y legales; que las sanciones impuestas lo han sido con sujeción al debido proceso disciplinario; que el sujeto de la acción disciplinaria tuvo la oportunidad de ejercer los medios de réplica, pedir las pruebas en su defensa, obtener su decreto y práctica, así como controvertirlas, presentar alegatos y en general participar de modo activo en la construcción del proceso y el derecho constitucional a la doble instancia.

Es posible entonces discutir, a través de la acción de nulidad, la decisión de la autoridad disciplinaria de tener como probado un hecho sin que haya evidencia de su existencia; o de ignorar aquel que lo exculpa, omisiones o suposiciones en materia probatoria con suficiente poder persuasivo para cambiar el sentido de la decisión, en cuyo caso la jurisdicción contencioso administrativa haría uso del poder corrector de la actividad disciplinaria ejercida por el órgano competente.

En consecuencia, debe precisarse que el control judicial de la potestad disciplinaria es una labor del juez contencioso administrativo sin ninguna identidad con la que le corresponde a la autoridad que conoce del proceso disciplinario.

En síntesis, la acción disciplinaria no otorga un poder omnímodo a quien emerge como su titular para ejercerla, en cuanto debe sujetarse a los principios rectores que la orientan, con la posibilidad de un control, bien al interior del proceso que si es de tipo judicial permite la interposición de recursos, o por fuera del mismo a través de la acción contencioso administrativa, e inclusive con la opción de la acción de tutela frente a quebrantamiento de derechos y garantías fundamentales. 

LA ASUNCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO

Carlos L. Carrillo Artilles¹

¹Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Miembro del Instituto de Derecho Público en la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Constitucional Comparado en la Universidad Libre de Colombia. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario. carrilloartiles@hotmail.com. www.carrilloartiles.net.

Trabajo publicado en el *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela*. Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara, Caracas, Venezuela, edición conjunta del Instituto de Derecho Público UCV y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, 2005.



No es para nadie desconocido que la labor de interpretación de las normas constitucionales no está concedida privativamente a un único, singular o particular ente dentro del elenco plurisubjetivo de los órganos constituidos que conforman el Poder Público, ya que dicha interpretación está naturalmente diseminada y otorgada a todos los operadores públicos que están integrados a la estructura del Estado, quienes en su quehacer cotidiano deben efectuar permanentemente verdaderos ejercicios de análisis constitucional y subsunción particular, al efecto de basar y acoplar sus conductas y actuaciones a los mandatos impartidos por la normativa fundamental.

Tal factibilidad deviene como consecuencia lógica y racional del establecimiento en la arquitectura constitucional de los principios de legalidad² y de supremacía constitucional, ideados por el constituyente con la finalidad de articular un sistema garantístico de los parti-

A. Prefacio.

culares, mediante el cual se sujeta irrestrictamente la conducta de tales operadores públicos a las directrices y los mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico positivo, con especial preferencia y prelación en la aplicación y protección de las disposiciones constitucionales. Esta idea de supremacía constitucional es un rasgo característico y común del llamado Estado de Derecho, pues presume la existencia de una única norma fundamental que unge uniformemente a todos los otros instrumentos normativos del Estado –a través de una especie de plenitud hermética–, por medio de una serie de normas entrelazadas, las cuales edifican un tejido normativo de principios, derechos y garantías que vinculan las conductas de los particulares y todos los sujetos públicos.

Por ello, todo individuo que ocupe un cargo en cualquiera de los órganos del Poder Público está inexorablemente obligado a actuar dentro del marco de competencias que

²Al respecto, ver nuestra posición previamente asumida sobre el punto en cuestión en: Carrillo Artilles, Carlos Luis, "La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999", Libro Homenaje a Allan Brewer Carías, *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, Madrid, Editorial Civitas, 2003.

específicamente le atribuyan las normas de rango legal y constitucional, lo cual no solo se erige como una verdadera y tangible garantía individual de los particulares frente a la actividad del Estado, sino, también, como una fórmula o axioma medular de conducta para los entes públicos.

De lo anterior se desprende que todo operario del Poder Público, en su cotidiano proceder, no solo está obligado a verificar su ámbito posible de acción enmarcado por el área competencial atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico, sino que primariamente también debe atender y tener presente la protección de la integralidad y conexidad de los mandatos imperativos que se desprenden de la Carta Fundamental, los cuales ciñen inexorablemente su conducta, en razón del ya citado principio de supremacía constitucional. Esta protección solo puede llevarse a cabo mediante la interpretación permanente del contenido y alcance de las disposiciones de rango fundamental cada vez que pretenda desarrollar su función o labor pública.

Ejemplo de ello se denota cuando los miembros de una legislatura en la esfera federal, regional o local, pretenden desarrollar su actividad legislativa y gestar normas abstractas y generales, para lo cual deben previamente verificar la necesidad de la creación de esa norma y su estructuración y engranaje con la Constitución, a través de una “[...] interpretación de la Constitución [que] con frecuencia implica la integración, a la luz de una problemática específica de conceptos o mandatos genéricos. Esta labor llamada 'concretización' normalmente es ejercida primero por el legislador, a veces de manera inconsciente. Él da el primer paso en el desentrañamiento de la significación de los preceptos constitucionales”³.

Todo ello, en virtud de que el “texto fundamental establece sobriamente los valores esenciales del ordenamiento jurídico y el intérprete, más que llenar algunas,

debe extraer de ese derecho concentrado la regulación concreta de los parámetros de comparación para decidir sobre la constitucionalidad del asunto confrontado”⁴.

Del mismo modo, esa labor interpretativa de los mandatos constitucionales es también medular en la actividad de los órganos jurisdiccionales, ya que todo Juez, al dirimir controversias intersubjetivas, está obligado preponderadamente a evaluar los valores, los principios y las disposiciones constitucionales, antes inclusive de subsumir el hecho objeto del proceso en las normas de rango legal aplicables al caso concreto; pues como es sabido pesa sobre sus hombros la obligación de garantizar la incolumidad del principio de indemnidad constitucional, mediante la aplicación de los diversos mecanismos adjetivos de protección que el ordenamiento jurídico le ha otorgado, y que según el caso y dependiendo del Juez podría configurar un control difuso⁵, un control concentrado⁶ o de amparo constitucional⁷.

“Recapitulando, podemos precisar que, según lo que acabamos de notar, el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y Tribunales del sistema y no solo al Tribunal Constitucional”⁸.

En el derecho comparado se ha reconocido que los Tribunales o Cortes Constitucionales, al momento de la resolución de acciones relativas a denuncias de inconstitucionalidad —con ocasión del llamado control concentrado—, detentan potestades de erigirse en supremos intérpretes judiciales de la Constitución, pudiendo, en consecuencia, dimanar sentencias con contenido interpretativo.

³ Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

⁴ Linares Benzo, Gustavo José, “¿Qué interpretaciones? ¿Cuán vinculantes? Alcance de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 250.

⁵ Al respecto ver Artículo 20, Código de Procedimiento Civil Venezolano y Artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁶ Al respecto ver Artículos 334 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁷ Al respecto ver Artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁸ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1985, p. 66.

“El calificativo de 'interpretativas' tiene su origen en que los Tribunales Constitucionales (alemán e italiano), a principios de la década del cincuenta, para soslayar el esquema tradicional de estimación-desestimación, [...] en el proferimiento de este tipo de sentencias, al decidir recursos de inconstitucionalidad o cuestiones de inconstitucionalidad, lo desestimaban pero especificaban la interpretación que debía dársele conforme a la Constitución, o bien estimaban parcialmente el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, igualmente manteniendo incólume el texto de la previsión legal impugnada, especificando en la motivación del fallo la interpretación que resultaba contraria a la Constitución”⁹.

Con singular distancia, se presenta la situación de Venezuela, en donde actualmente es objeto de acrisoladas discusiones doctrinales el novel argumento jurisprudencial dimanado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que plantea la probabilidad de que sobre los hombros de ese específico órgano judicial descansa la especial potestad de evaluar y discernir sobre el alcance e inteligencia de las disposiciones de rango constitucional; con la característica controversial de que dichas interpretaciones dimanadas en el ejercicio de esa facultad tendrían “efectos vinculantes *erga omnes* para todos los operadores públicos y por ende también indirectamente para todos los particulares”.

De realmente existir ese extenso poder entregado monopólicamente a un particular órgano constituido del Poder Público, éste podría *aclarar* o eventualmente *re-direccionar* la concepción tradicional de cualquier establecimiento normativo dimanado del Poder Constituyente del Estado, lo que podría automáticamente ocasionar que cada caso concreto sometido a interpretación constitucional estaría sujeto y dependería exclusivamente de la visión particular –acertada o desarticulada– de los jueces sobre quienes recaiga ese omnímodo poder de interpretación vinculante.

Aunado a la anterior aserción, también habría que agregar que, de asumir apriorísticamente como cierto el supuesto de que existe ese poder de interpretación *vinculante* de las

normas constitucionales –en una especie de paralelismo a la función normativa primaria del Estado que usualmente detentan los órganos legislativos¹⁰, y que inclusive en algunas ocasiones pueda llegar a tener correspondencia y similitud a la potestad normativa constituyente–, dado el carácter o la naturaleza especial de las disposiciones constitucionales, como lo es el ser fundante por excelencia de todo el ordenamiento jurídico y vinculante de las actuaciones y conductas de los sujetos públicos y de los particulares, se impondría inexorablemente para quien pretenda llevar a cabo esa labor de interpretación constitucional la obligación de acudir a una técnica interpretativa propia, singular y dinámica, que difiera radicalmente de la técnica cotidiana y difusa de interpretación e integración constitucional entregada a los otros operadores públicos.

No obstante, esa especial técnica de interpretación despierta una serie de interrogantes, entre los cuales resalta, en primer lugar, ¿cuán distinta sería esa técnica de interpretación constitucional a la dispuesta en el Artículo 4º del Código Civil vigente, que establece que “a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión entre sí y la intención del legislador”¹¹, y, por otra parte, ¿cuáles serían los límites formales y materiales en su aplicación? y ¿quiénes controlarían la posible distorsión que eventualmente podría acarrear ese ejercicio de esa facultad analítica de la Constitución? Indudablemente que el problema no es nada sencillo de resolver *prima facie*, dada la complejidad de la naturaleza misma de la interpretación constitucional.

Pareciera resultar incuestionable que la técnica de interpretación del Artículo 4º del Código Civil es un mecanismo que pudiera ser una de las fórmulas a utilizar por el intérprete constitucional; sin embargo, esa enunciación en sí misma no constituiría una verdadera limitación sino que podría constituirse como una plataforma interpretativa en tan delicada actividad, ya que, formalmente, su directriz es impuesta por una norma de rango legal y está dirigida hacia normas de igual o inferior

⁹Peña Solís, José, “La interpretación conforme a la Constitución”, en *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, T. II, Caracas, Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, 2001, p. 203.

¹⁰Ver nuestra previa posición al respecto en: Carrillo Artilles, Carlos Luis, “La inédita construcción jurisprudencial de la jurisdicción normativa por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, ponencia dictada en el *VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, T. II, Valencia, Carabobo, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Editorial Pavia Gráfica, 2003.

¹¹ Artículo 4º del Código Civil Venezolano.

jerarquía; además, materialmente su contenido no abarcaría el espectro amplio de posibilidades de análisis a las cuales puede recurrir –mediante la argumentación– el intérprete que tiene la labor de desentrañar el alcance e inteligencia de las normas contenidas en la Constitución.

En el derecho constitucional se ha construido un pequeño repertorio propio de reglas de interpretación, si conviene tener presente.

En primer lugar, si en toda norma debe indagarse la voluntad histórica del autor, y si esa voluntad está íntimamente relacionada con la intención y con la finalidad, la Constitución debe interpretarse a tenor del fin que con ella ha querido alcanzar el constituyente al proponerla y describirla...

Ahora bien, hablar del respeto al fin de la Constitución, tal cual fue querido históricamente por el autor, no significa detener el dinamismo y la movilidad de la Constitución. Porque, precisamente, su interpretación y su aplicación deben abarcar un tiempo y una futuridad donde las circunstancias cambian y se suceden. Y entonces, es legítimo asignar fines distintos y nuevos que no fueron previstos por la voluntad histórica del constituyente, siempre que no contraríen los que esa voluntad tuvo en miras. La Constitución puede interpretarse como asimilando fines diferentes y novedosos, pero no opuestos...

La propia voluntad histórica del autor obliga a interpretarla *históricamente*, entendiendo acá por históricamente no un modo de remisión al pasado inerte, sino un modo progresivo de adecuación y adaptación a los cambios. Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época de originarse la Constitución es atentar contra la propia voluntad de futuro y perduración con que el autor la ha plasmado. Quiere decir ello que, mientras la interpretación no incurre en contradicción con los fines de la Constitución, ella misma habilita y asume su propia interpretación e integración dinámica, histórica, progresiva y flexible...

“Las normas constitucionales no pueden ni deben interpretarse en forma aislada, desconectándolas del todo

que componen. La interpretación debe integrar las normas en esa unidad sistemática de la Constitución, comparándolas entre sí, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas”¹².

Por ende, la interpretación constitucional pareciera tener un radio de acción mucho más variado, extenso y complicado, en virtud de su contenido jurídico-político¹³, situación que trae consigo automáticamente el problema de si su alcance y sus límites deberían preestablecerse detalladamente en la misma norma fundamental, o si, por el contrario, deberían estar predeterminados en una norma de rango legal que medie y condicione ese ejercicio interpretativo, o en un último supuesto, si pudieran emerger y depender de la propia construcción jurisprudencial –casi pretoriana– que cotidianamente efectúen los llamados a dimanar dicha interpretación.

Con singular distancia y mucho énfasis, se ha debatido recientemente en la doctrina¹⁴ del derecho comparado, en relación con los límites y condicionamientos que penden sobre los jueces llamados a efectuar la interpretación de la ley en el ejercicio de aplicación de justicia, lo cual a su vez ha gestado dos posiciones doctrinales contrastantes: una, conformada por quienes esgrimen que esa actividad de interpretación de normas, necesariamente, debería estar previamente reseñada en un cuerpo normativo que habilite su ejercicio –en cuanto a su forma y método–, configurando una especie de “preconfiguración la intención del legislador según el caso”; y la otra, conformada por aquellos que se oponen a ese preestablecimiento normativo, y en contraposición son partidarios abiertos de una libertad interpretativa para el operador judicial, quien no estaría atado a limitación alguna.

¹² Campos Bidart, Germán, *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, 1969, pp. 209 a 212.

¹³ A las Cortes y Tribunales Constitucionales del derecho comparado se les ha imputado una naturaleza híbrida, en virtud de la dualidad de sus funciones jurídico políticas, pues no solo se conciben como entes jurisdiccionales sino también son “elementos de contrapeso y de control político para impedir a los otros órganos del Estado traspasar sus competencias, haciendo respetar los valores que expresa la Constitución. Para presentar el debate, el profesor Henry Roussillon considera estos tribunales como una *jurisdicción que ejerce una función política*”. Como lo señala el magistrado auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana, Javier Tobo Rodríguez, en su artículo “La Corte Constitucional: ¿órgano judicial o político?”, en el libro *La Constitución por construir*, Bogotá, Colombia, Centro Editorial Universidad del Rosario, p. 210.

¹⁴ Al respecto ver: Dworkin, Ely Hart, Perellman, Rawls y Marmor. Es oportuno señalar que ninguno de estos autores ha tratado especialmente el punto concreto de la interpretación de normas constitucionales, ya que han enfocado su análisis en el problema sobre si el Juez crea derecho, desde una visión de la filosofía jurídica.

B. Inquietudes frente a la existencia de la presunta competencia de interpretación constitucional vinculante.

Esta última vertiente ha generado una constante expectación recurrente en quienes discuten la existencia –con carácter vinculante– del supuesto poder interpretativo sobre normas constitucionales en un específico órgano del Poder Público constituido. Muy especialmente en lo atinente a que mediante tan particular análisis judicial –nada más y nada menos– se podría descifrar la propia extensión y el contenido de las disposiciones de rango constitucionales, las cuales, casuísticamente y como consecuencia de la propia interpretación, otorgarían al órgano interpretativo la singular atribución o competencia para efectuar tan importante actividad.

Esto podría configurar una verdadera situación paradójica, por cuanto estaríamos en presencia de una potestad de interpretación presuntamente otorgada por una norma que a su vez permite interpretar el alcance y la manera de llevarse a cabo esa misma interpretación, dejando por sentado que no se trata de un trabalenguas sino, por el contrario, de una verdadera afirmación que refleja un grave problema filosófico jurídico constitucional por dilucidar: cuál sería el alcance y el límite de esa potencialidad.

Una laxa e indeterminada potestad interpretativa, que a su vez se apalanque en criterios interpretativos sobre su propia extensión, linderos y efectos, traería implícitamente la tentación y el peligro reverencial para el órgano constituido, que se considere dueño absoluto del poder de interpretar y, por ende, de inmiscuirse en un campo y materias que están irrestrictamente vedados y excluidos a su control, como sería el caso del espectro formal y material monopólicamente reservado al imperio del constituyente.

Quizás esta sea seguramente la razón por la cual en ninguno de los ordenamientos constitucionales del derecho comparado se ha previsto a texto expreso la

concentración monopólica en cabeza de un Tribunal o Corte Constitucional de una potestad interpretativa *vinculante* de normas fundamentales, ya que la solución real, en la práctica, ha sido que dicha facultad se ha entendido como un *ínsito y esencial* poder interpretativo de la norma fundamental, pero nunca con rasgos vinculantes que sujeten directamente las conductas individuales de los miembros de la sociedad.

Esa pretensión de concentrar en un solo órgano del Poder Público la potestad interpretativa del texto constitucional, con rasgos vinculantes o valor *erga omnes*¹⁵, ya fue abordada frontalmente por la doctrina del derecho comparado, denegando expresamente la posibilidad de que sea factible unguir a los fallos con contenido interpretativo con efectos transpersonales vinculantes para sujetos que de ninguna manera estén vinculados o no gocen de la cualidad de ser partes de los procesos judiciales, donde se someta a control la cuestión de constitucionalidad, como ha sido “el problema de las llamadas 'Sentencias Interpretativas' del Tribunal Constitucional –Español– y en particular en Italia, 'Sentence interpretative di riggeto'. Estas sentencias no tendrán valor *erga omnes*”¹⁶.

Con el establecimiento de una abierta e ilimitada facultad interpretativa de normas constitucionales sobre el objeto y contenido por interpretar, pero con rasgos privativos, al pretender erigir a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como el único operador jurídico que se elevaría con el carácter de máximo intérprete vinculante de la Constitución, se pudiera abrir una compuerta peligrosa para el Estado de Derecho y el Principio de Legalidad, así como para el arraigado y necesario Principio de Supremacía Constitucional, por cuanto al poseer un “órgano constituido” prerrogativas ilimitadas de redireccionamiento e innovación de la

¹⁵ Como es el caso de las interpretaciones judiciales que ha dimanado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en lo que ha denominado “Jurisdicción Normativa”. Al respecto ver sentencia interlocutoria SC TSJ ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de fecha 12 de agosto de 2001, Caso “Créditos indexados”.

¹⁶ García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el tribunal constitucional, op. cit., p. 103.

normativa constitucional, éste –con toda seguridad– pudiera incidir e inclusive obstruir la sana operatividad del engranaje de los otros órganos integrados al Poder Público, generando que innegablemente se desvirtúen los mandatos constitucionales que no son otra cosa que la expresión de la voluntad popular en donde reside la titularidad directa de la soberanía.

Aunado a lo anterior es importante remarcar que, si a un órgano constituido –en este caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia– se le atribuye la facultad abstracta de interpretar abiertamente la norma constitucional que contiene ese poder de interpretación constitucional, sin habersele establecido verdaderos linderos o límites formales por la misma Constitución o por la remisión legal, pudiera gestarse una verdadera situación que eventualmente concentre o no limite su poder, la cual inclusive pudiera permitir en el peor de los casos verdaderas situaciones que usurpen prerrogativas y/o facultades exclusivas del Poder Constituyente, por el ente constituido, ya que al interpretar sus poderes de interpretación pudiera extenderlos sin control alguno.

La situación venezolana se agrava aun más cuando se revisa el carácter innegable que nuestra Constitución de 1999 le dio a la Sala Constitucional, al constituirla como estructura interna inordinada a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, el cual está integrado a la rama pública del mal llamado Poder Judicial Venezolano, por lo cual, constitucionalmente no se ha concebido en manera alguna como un Tribunal Constitucional¹⁷, aunque en la praxis se ha relajado actividad mediante una evidente ampliación de potestades, en primer término, por la reimposición material de la Constitución de 1999 el 24 de marzo de 2000; y luego, por la autoarrogación de atribuciones que ha pretendido equiparar a esa Sala a un verdadero Tribunal Constitucional, que además de la aludida potestad de interpretación con rango vinculante tendría también el control concentrado de la constitucionalidad de la mayoría de actos y sentencias que pudieran contradecir o apartarse de sus interpretaciones producidas.

¹⁷ La creación constitucional de la Sala Constitucional se debe a la Constitución de 1999, por previsión específica de su Artículo 266. Los constituyentes expresamente asentaron en sus discusiones que no querían crear un Tribunal o una Corte Constitucional de perfil austriaco, consagrado como un Tribunal especial excluido del llamado Poder Judicial, ni de acuerdo al perfil de las Cortes Constitucionales de otros países latinoamericanos, insertas dentro de la organización judicial del Estado. Indudablemente se le imprimió un carácter de Sala inordinada a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Esta situación ha impulsado a que cierta parte de nuestra distinguida doctrina, inclusive, haya tildado a la Sala Constitucional en una “suerte de Corte Constitucional enquistada en el Tribunal Supremo”¹⁸; sin embargo, de la disección académica efectuada en el párrafo anterior, emerge la impoluta conclusión de que nuestra Sala Constitucional no fue creada como un Tribunal Constitucional ni goza de ese carácter, aun cuando goce de la concentración del control de constitucionalidad –salvo la declaratoria sobre los reglamentos que corresponde por excepción a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia– y de otras curiosas competencias otorgadas recientemente por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Es evidente el contraste de nuestra Sala Constitucional que coexiste con las otras Salas integradas dentro del Tribunal Supremo de Justicia, con las Cortes o Tribunales Constitucionales del Derecho Comparado, desde la primera creada en 1920 en Checoslovaquia hasta los casos de Alemania, Austria, Italia, España, Guatemala, Chile, en donde estos órganos especiales, encargados del poder contralor de la constitucionalidad, se encuentran totalmente excluidos de la llamada jurisdicción ordinaria por ser exógenos a la estructura del Poder Judicial, pues son “creados para conocer especial y exclusivamente del contencioso constitucional, situados fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independientes de aquél, como también del resto de los poderes públicos”¹⁹.

Asimismo, todos estos verdaderos Tribunales Constitucionales tienen en común que sus Magistrados no son elegidos por sufragio directo por la población, por lo que no detentan legitimación popular directa fundada en la base eleccionaria; sin embargo, “sus decisiones se consideran legítimas en la medida en que se configuren como decisiones jurídicas y no políticas, lo que convierte la demostración del carácter jurisdiccional de este órgano en la fuente principal de su legitimación”²⁰.

¹⁸ Linares Benzo, Gustavo José, “¿Qué interpretaciones?...”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁹ Favoreau, Louis, *Les cours constitutionnelles*, París, Presses Universitaires de France, 1992, deuxième édition, 1992, p. 3.

²⁰ Storini, Claudia, “El alcance jurídico de la teoría de la interpretación como límite a la labor del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 6, Editorial Sherwood, enero/diciembre 2002, p. 191.

Como derivación de lo anterior, a la Sala Constitucional solo le quedaría dentro de sus posibilidades la labor de interpretación de normas constitucionales, la cual “no debe entenderse [...] como una labor mecánica de sub-sunción de hechos nítidos en normas perfectas, sino como la ardua labor de perfilar lo fáctico y lo jurídico en un tiempo, escogiendo de entre las varias soluciones que deja abierta la norma la más prudente”²¹.

Sin embargo, todos los argumentos anteriormente explanados no hicieron mella alguna para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aseverara: “El que entre las atribuciones de Tribunales o Salas Constitucionales de otros países no exista un recurso²² (sic) autónomo de interpretación constitucional, y que la 'sentence interpretative di riggeto', en Italia, genere problemas, no es un obstáculo para que esta Sala, dentro del concepto ampliado de recurso de interpretación de la ley, se aboque a interpretar la Constitución, mediante actos jurisdiccionales provenientes del ejercicio del recurso (sic) de interpretación constitucional”²³.

No obstante, todos los reparos, temores e inquietudes que hemos expresado en su momento no pasaron inadvertidos, pues uno de los Magistrados que para ese entonces era integrante de esa misma Sala Constitucional, que exteriorizó el fallo citado, explanó unas reflexiones en su voto concurrente a título de

²¹ Nieto, Alejandro, *El árbitro judicial*, Madrid, Editorial Ariel, citado por Linares Benzo, Gustavo, *op. cit.*, p. 253.

²² Consideramos que es incorrecto el uso del vocablo o voz procesal de *recurso* para tratar de identificar realmente a una verdadera acción, pues procesalmente los recursos se interponen exclusivamente ante una actuación o conducta previa ante los mismos órganos que la generan. La acción, por el contrario, corresponde a la puesta en marcha por primera vez del aparato jurisdiccional del Estado en la búsqueda de la satisfacción de una singular pretensión procesal. Existe el indebido uso forense del vocablo o voz *recurso* para identificar verdaderamente acciones procesales presentables ante órganos judiciales. Al poner en movimiento el aparato judicial del Estado se está haciendo uso del derecho constitucional a la acción. Consideramos que el origen de esa incorrecta costumbre se debe a la afrancesada influencia en la doctrina del derecho administrativo que ha hecho presión posteriormente en la doctrina del derecho constitucional, ya que Francia fue la cuna del derecho administrativo donde ciertamente los ejercicios jurisdiccionales de revisión de los actos corresponden a verdaderos recursos, por cuanto esa revisión es efectuada en el Consejo de Estado, órgano de naturaleza administrativa mas no de índole judicial. En el caso venezolano, el control jurisdiccional de las conductas administrativas está judicializado en un órgano distinto a la Administración.

²³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 22 de septiembre de 2000, en ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente 00-1289, Caso “Servio Tulio León Briceño”.

advertencia, sobre esa supuesta existencia de competencia de interpretación autónoma del texto constitucional, dejando asentado lo siguiente:

“a) Admitir que la Sala Constitucional tiene competencia para interpretar la Constitución cada vez que se solicite, sin que medie un recurso concreto, conllevaría a la posibilidad de (sic) que se solicite la interpretación íntegra del texto constitucional.

b) También es factible que día a día se solicite la interpretación de una norma constitucional distinta, por lo cual, la admisión de tal recurso en forma abstracta abriría un cauce que intentarían transitar muchos otros litigantes, recargando a la Sala con asuntos académicos, esto a expensas de la celeridad en la resolución de los casos que sí plantean una problemática realmente jurisdiccional. Se convertiría, así, la Sala en un órgano de consulta cada vez que un operador del derecho tenga dudas acerca del sentido, alcance e inteligencia de una norma constitucional.

c) La interpretación meramente académica, ajena a la existencia de una aplicación actual, atenta contra la interpretación progresiva de la Constitución, dado que tales interpretaciones serían vinculantes, lo cual crearía una rigidez del propio texto, que a los pocos años sería obsoleto.

En consecuencia, al imponerse la tesis de la existencia de un recurso de interpretación, la Sala se está autolimitando en relación con futuros casos en los que la consideración de una ley específica o de una situación concreta aconseje una solución distinta a la que se haya obtenido en el análisis abstracto. Además, la mejor forma de interpretar la Constitución, como cualquier otra norma jurídica, es a la luz del caso, como lo ha reconocido Zagrebelsky en relación con la interpretación constitucional”²⁴.

Como podemos observar, el problema planteado no es nada sencillo, y se agrava de una manera dramática si a lo anterior se le agregan otros ingredientes o aditamentos exógenos o ajenos a la realidad estrictamente normativa,

²⁴ Voto salvado del Magistrado Héctor Peña Torrelles, en la decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el Caso “Servio Tulio León Briceño”, citado.

como es el hecho de que esa singular y delicada prerrogativa interpretativa no va a ser realizada por máquinas asépticas e infalibles sino por Magistrados que son personas naturales de carne y hueso, susceptibles de presiones o influencias de naturaleza personal, política y de diversa naturaleza, e inclusive por formación, mentalidad y afectos, que den una visión parcelada y acarreen una interpretación subjetiva.

De manera que “la importancia de la interpretación constitucional parece obvia: el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores. La letra podrá decir claramente una cosa, la intención del Constituyente podrá haber sido bien definida [...], pero en última instancia la cláusula constitucional regirá del modo con que sea interpretada y aplicada. Con esto no se trata, desde luego, de legitimar las perversiones exegéticas, ni consentir los caprichos hermenéuticos. Pero sí cabe constatar un dato cotidiano, muchas veces desagradable, de la realidad jurídica. De todos modos, y aun suponiendo que el intérprete trabaje de buena fe, como también ocurre, los resultados de su labor serán diversos según la técnica que emplee. De ahí la trascendencia que tiene la interpretación en la realidad del derecho: la suerte de la Constitución depende, en mucho, de su interpretación”²⁵.

Además, ya de por sí la materia de interpretación del derecho no solo genera desacuerdos entre los doctrinarios y resulta desconcertante o inquietante para los estudiosos del tema, sino que, en la práctica, produce mucha reserva y preocupación en la determinación concreta de los linderos y límites efectivos que deben tener los operadores judiciales que ejerzan ese poder constitucional —como ya lo hemos explanado precedentemente en este opúsculo—, pues dependiendo de la argumentación utilizada o criterios interpretativos argüidos tales como literal, exegético, extensivo, creativo e innovador, podrían tener la tentación de asumirse como constituyentes y pretender a través de la interpretación de las normas constitucionales generar radicales modificaciones a la estructura normativa fundamental del Estado, e inclusive al creerse dueños absolutos de la verdad interpretativa, contener en sí mismos todos los poderes del Estado, llegando a la eventual posibilidad de contrariar al mismo

texto constitucional, por la usurpación de funciones o competencias conferidas por la norma fundamental a otros diferenciados entes u órganos estatales.

“De todo ello, advertimos que, en algunas hipótesis, las normas de la Constitución resultan *total o parcialmente insusceptibles de determinación* por los órganos del poder constituido”²⁶.

Al raciocinio anterior se agrega el agravante de que, en determinados países, el sistema jurídico no goza de una sólida tradición de solvencia y autonomía real, lo cual hace más dudoso el ejercicio de esa potestad interpretativa de la norma constitucional.

“Cabe reconocer que en el orden de las realidades la interpretación judicial imparcial o sanamente desinteresada no siempre existe: algunos jueces son proclives a entender a la Constitución según las conveniencias de quienes los nombraron, o del partido al que profesan simpatías, o de quienes los han comparado y a quienes se han vendido. Estas son aberraciones inaceptables, por supuesto. Simultáneamente, ningún juez puede psicológicamente ser absolutamente imparcial: su razonamiento siempre estará afectado, en mayor o menor proporción, entre un amplio abanico de factores, por su formación cultural, el medio familiar, social y económico del que proviene y a donde vive, sus concepciones religiosas, su vida universitaria, sus necesidades, virtudes y vicios, sus prejuicios, complejos, traumas, fobias y mecanismos de defensa, su temperamento y actitudes. Estos ingredientes impactan y perfilan personalidades judiciales muy distintas, con rasgos autoritarios o pluralistas, represores o permisivos, tolerantes o agresivos, reaccionarios o transgresores, sensatos o excéntricos, que inexorablemente tenderán a traducirse subconscientemente en los resultados de su interpretación”²⁷.

Lo que sí es una realidad inobjetable es que todo juez, al impartir justicia por el desarrollo de la función jurisdiccional, debe interpretar el ordenamiento jurídico en donde el norte siempre está vinculado a la supremacía constitucional, edulcorando sus pronunciamientos con visos personales; sin embargo, eso no es tan inquietante si consideramos que el mismo ordenamiento jurídico pre-

²⁵ Sagués, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1998, p. 1.

²⁶ Campos Bidart, Germán, *Filosofía del derecho constitucional*, op. cit., p. 205.

²⁷ Sagués, Néstor Pedro, op. cit., p. 6.

senta soluciones procesales ante eventuales veleidades judiciales que pretendan distorsionar la recta aplicación del derecho, ya sea a través de la revisión por la doble instancia judicial mediante la alzada, ya sea por la apelación o por la consulta, o por la consagración de mecanismos o vehículos procesales de control judicial de tales pronunciamientos deformados que estén alejados de una verdadera objetividad.

Sin embargo, ninguno de estos mecanismos citados serían operativos ante una *desvirtuación* o desatino, que eventualmente cometa la Sala Constitucional, al efectuar un pronunciamiento gestado con ocasión del conocimiento de la autodenominada acción autónoma de interpretación constitucional, que fortuitamente pudiera engendrar una errada interpretación de la Constitución, ya que sobre las decisiones que dicte esa Sala no cabe acción o recurso alguno, en virtud de lo establecido en el Artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de mayo de 2004.

Aun así, en este opúsculo como contribución doctrinal,

trataremos de abordar esa singular potestad arrogada por nuestra novel Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien afirma que detenta dentro del elenco de sus competencias la posibilidad de interpretar las normas y los principios constitucionales, con la singularidad de que sus interpretaciones serían vinculantes no solo para todos los órganos jurisdiccionales de la Federación e inclusive para las otras Salas que integran el mismo Tribunal Supremo de Justicia, sino también para los particulares de manera directa²⁸.

Esta originalísima acción, creada exclusivamente a la luz de los fallos de la Sala Constitucional, tiene, dentro de sus singularidades, no solo su discutido origen, pues no descansa o se cimienta en normas expresas de nuestro ordenamiento jurídico vigente, sino que también debe su procedimiento ad-hoc a esa misma labor de interpretación y de creatividad jurisprudencial, al igual que el establecimiento y edificación de los supuestos ante los cuales sería procedente no solo su admisibilidad sino también su declaratoria con lugar, todo lo cual será objeto de análisis en lo subsecuente.

C. La justificación jurisprudencial de la existencia de la facultad autónoma de interpretación constitucional.

se le indicase cuál sería el alcance de las sentencias que se dictaran en esos procesos.

En ese pronunciamiento jurisdiccional, la Sala Constitucional afirmó tajantemente que sobre sus hombros descansa la facultad de exteriorizar sentencias que sean contentivas de declaraciones de certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, mediante el ejercicio del mecanismo de interpretación con carácter vinculante de la Constitución, aún cuando “[...] no está prevenida en particular por el ordenamiento jurídico, pero tampoco prohibida [...]”²⁹.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 22 de septiembre de 2000, en ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, dimanó una decisión en el Expediente 00-1289, Caso “Servio Tulio León Briceño”, con ocasión de una solicitud de interpretación de los Artículos 26 y 27 de la Constitución de 1999, dirigida a establecer, en primer lugar, quiénes podrían hacer valer los intereses difusos o colectivos, como fórmula de legitimación procesal, y en qué momento se podrían hacer valer esos intereses. Asimismo se requirió la determinación de cuál sería el procedimiento para ello y si era posible ventilarlos por el proceso de amparo constitucional, además de pretender que

²⁸ Al igual que el presunto poder detentado por la Sala Constitucional de “Jurisdicción Normativa”. Al respecto ver nuestra posición previa en: Carrillo Artilles, Carlos Luis, “La inédita construcción jurisprudencial...”, *op. cit.*

²⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso “Servio Tulio León Briceño”, citado.

D. La inexistencia de fundamento expreso en el ordenamiento jurídico. Basamento jurisprudencial.

Con esta aserción la Sala Constitucional asume que aún cuando en manera alguna nuestro ordenamiento jurídico constitucional o legal le otorga la competencia expresa para conocer y decidir acciones autónomas de interpretación constitucional, ésta se deduce o infiere de lo dispuesto en el Artículo 335 del texto normativo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de que en la lectura de las atribuciones de esa Sala Constitucional señaladas en el Artículo 336 *eiusdem*, tampoco aparece explícitamente esa potestad.

En tal sentido, la Sala Constitucional singularmente afirma: “[...] el recurso (sic) de interpretación de las normas y principios constitucionales no se encuentra regulado en forma especial ni en la vigente Constitución ni en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por lo que en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁰, deberá ser definido su procedimiento. Sin embargo, considera la Sala que dentro de la facultad interpretativa con carácter vinculante, que le otorga el Artículo 335 de la vigente Constitución, y por las razones antes expuestas, puede asumir la interpretación, no solo en los procesos contenciosos que decida, sino también mediante este especial 'recurso de interpretación'.

El criterio no es solo jurídicamente válido, sino además necesario. Debe tomarse en cuenta que la Constitución de 1961 fue aprobada por el Congreso de la República (Poder Constituido), el cual no desapareció después de su sanción y era posible que se realizara una interpretación auténtica del texto fundamental por parte de su creador.

En el caso de la Constitución de 1999, esta fue aprobada por el Poder Constituyente, cuyo órgano cesó en sus funciones al cumplir su cometido. Esta interpretación auténtica no es, pues, posible y sabemos que la 'exposición de motivos' no aclara la mayoría de sus novedosos preceptos. En consecuencia, se hace

imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la 'uniforme interpretación y aplicación' de la Constitución, particularmente en estos inicios del nuevo régimen político en los cuales no existe una legislación conforme con el texto fundamental”³¹.

Resulta oportuno y significativo exaltar que la recién aprobada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004, tampoco erige dentro de su seno tal potestad autónoma de interpretación constitucional en cabeza de la Sala Constitucional —en contradicción a lo que presumió la Sala Constitucional en la referida Sentencia—, pues en ninguno de los numerales 3 al 23 del Artículo 5°, donde se establecieron las competencias que ahora detenta esa Sala del Tribunal Supremo de Justicia, se denota esa posibilidad.

Aun más, pudiera pensarse que el Legislador no quiso otorgar singularmente esa competencia a la Sala Constitucional, pues específicamente de lo dispuesto en el Artículo 1°, en su párrafo tercero, se reproduce una redacción idéntica a la dispuesta en el precepto 335 del texto constitucional, al manifestar que será el Tribunal Supremo de Justicia —como un todo— “el máximo y último intérprete de la Constitución de la República y velará por su uniforme interpretación y aplicación”, y no se relega esta capacidad interpretativa a la referida Sala Constitucional, ni se refleja en ninguna norma atributiva de competencia.

A pesar de esa realidad normativa, la Sala Constitucional ha seguido declarándose competente³² para conocer de las acciones autónomas de interpretación constitucional, más allá de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando su texto no contempló esa competencia.

³¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso “Servio Tulio León Briceño”, citado.

³² Ejemplo de ello es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de fecha 5 de octubre de 2004, en el caso “Israel Álvarez de Armas”, quien solicitó la interpretación del precepto 71 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela.

³⁰ Ahora Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, normativa dictada en fecha 20 de mayo de 2004, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942.



Sin embargo, la Sala Constitucional corrobora la probabilidad de que en Venezuela se presenten acciones autónomas de interpretación constitucional, como una expresión ínsita de la llamada jurisdicción constitucional, caracterizada porque sus pretensiones y consecuentes sentencias difieren radicalmente de las ventiladas y dictadas por los otros tribunales que ejercen la función jurisdiccional; en principio, porque ese control constitucional está difuminado en todo ente jurisdiccional de la Federación, y además por cuanto a través del mismo se pretende el mantenimiento de la indemnidad de la supremacía constitucional y la efectividad de sus normas y principios fundamentales, en donde no existe un demandado formal, pues no está especialmente dirigido contra alguien en particular sino que lo que se pretende es la protección de la integridad del texto constitucional.

La Sala Constitucional asegura que “con el recurso de interpretación no se trata de dirimir controversias de ninguna clase, aunque dentro de la sociedad puede haber personas que no comparten la necesidad de interpretación conectada con la situación particular y que pueden oponerse a ella, o que quieren coadyuvar con la correcta



De acuerdo a la Sala Constitucional, lo que imprime carácter singular a esta acción es que, en muchas ocasiones, la inquietud planteada por el accionante coincide con la que reside en otros ciudadanos, por lo que con su ejercicio se generaría una especie de concentración del provecho general y de la conveniencia colectiva, ya que al tratarse de un problema constitucional, se identificaría con la “categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad”³⁵.

³⁵Idem.

E. La naturaleza jurídica de la acción autónoma de interpretación de normas constitucionales.

interpretación. Se trata exclusivamente de esclarecer o complementar la función del Estado y de sus distintos poderes, a fin de que la función pública se lleve a cabo adaptada a la Constitución; así como delimitar en relación con la situación en que se encuentra el accionante, los derechos humanos a que tiene derecho, como una tuición preventiva, ajena al amparo, ya que puede tener lugar sin que medie amenaza alguna”³³.

Asimismo la Sala afirma que con el ejercicio de esta singular acción autónoma de interpretación constitucional se protege un legítimo interés jurídico que no se identifica o corresponde a ningún derecho subjetivo actual, sino a necesidades eventuales de precaver situaciones futuras, configurándose una tutela preventiva, ya que con su presentación no se busca un pronunciamiento judicial de derechos a favor del accionante, quien ostenta el interés, sino que a diferencia se pretende que se determine el sentido y alcance de una disposición del texto constitucional con el deseo de obtener una declaración de mera certeza sobre la órbita de lo sometido a análisis, lo que según su juicio, constituiría además “una forma de actualizar las normas constitucionales, si esa fuera la interpretación solicitada”³⁴.

F. Caracteres de la acción autónoma de interpretación de normas constitucionales.

Ahora bien, se deja asentado que esta acción requiere de una legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales, ya que “para acceder a la justicia, se requiere que el accionante tenga un legítimo interés jurídico y que su pretensión como cualquier otra deba estar fundada en derecho y que no se encuentre prohibida por la ley, o que no sea contraria a derecho; por lo tanto, no es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar ésta acción [...] por cuanto es el resultado de la expansión natural de la juridicidad”³⁶.

³³Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso “Servio Tulio León Briceño”, citado.

³⁴Idem.

³⁶Idem.



Esa cerrada cualidad procesal calificada como un actual y tangible “legítimo interés jurídico” es susceptible de individualizarse en un accionante, y permite dotarlo de subjetividad en atención a su singular necesidad personal para aclarar la situación jurídica en que se encuentra; por ende, el fallo que se genere ante tal pretensión será estrictamente de naturaleza mero declarativa sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales.

Así pues, no se trata en manera alguna de una “acción popular” en donde bastaría un simple interés actual del pretendido accionante para detentar legitimación para su ejercicio, por cuanto se exige para esta acción autónoma de interpretación constitucional, que quien pretenda asumirse como legitimado activo debe invocar y demostrar que detenta un inequívoco “interés jurídico actual y subjetivo”, cimentado y basado en una preexistente situación fáctica jurídica concreta y específica, en la cual se encuentra singularmente, y que le acarrea o genera una duda razonable o incertidumbre cierta sobre el alcance contenido o inteligencia de una disposición constitucional, en razón de lo cual, se le impide el pleno goce de los efectos que podrían provenir de dicha situación jurídica, ante lo que se requiere *impretermiblemente* de una interpretación de normas constitucionales aplicables a ese especial contexto. “En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada”³⁷.

Posteriormente, la misma Sala Constitucional, en un fallo de fecha 22 de noviembre de 2000, abordó con mayor amplitud la determinación del campo propio de la referida acción, al manifestar: “[...] al pronunciarse sobre un recurso³⁸ (sic) de interpretación de la Constitución, esta Sala precisará, de ser el caso, el núcleo de los preceptos, valores o principios constitucionales, en atención a dudas razonables respecto a su sentido y alcance, originadas en una presunta antinomia u oscuridad en los términos cuya inteligencia sea pertinente aclarar a fin de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica. Consiste

primordialmente en una mera declaración, con *efectos vinculantes*, sobre el núcleo mínimo de la norma estudiada, su propósito o extensión, lo cual incidiría sobre los rasgos o propiedades que se predicen de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u oscuros”³⁹.

En esa misma decisión la Sala Constitucional profundizó aun más sobre el alcance del carácter vinculante de sus pronunciamientos contenidos en sus fallos, generados con ocasión de esa específica acción de interpretación constitucional, apuntalando el criterio ya establecido en la sentencia del enunciado Caso “Servio Tulio León Briceño”, al patentizar: “[...] considerando la posición de máximo intérprete constitucional de este órgano de control, se deduce que las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso (sic) interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado; todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera *intraspasable* por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia. Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afinar la solución al caso, no serán, por lógica, vinculantes en ningún sentido”⁴⁰.

Además agrega: “De allí que las funciones que desempeñe esta Sala, en particular la referida a la interpretación de la Constitución en respuesta a una acción específica, deban contrastarse con el contenido del ordenamiento jurídico constitucional a la luz de tres principios básicos, a saber: primero, el de competencia, que actúa como un instrumento ordenador del ejercicio del poder una vez que éste es legitimado; segundo, el de separación de poderes, dejando a salvo la necesaria coordinación entre los mismos, así como el ejercicio de ciertas funciones que no siéndoles esenciales les cumple realizar naturalmente, con base al cual funciona un mecanismo de balance en la división del

³⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso “Servio Tulio León”, citado

³⁸ Reiteramos nuestro criterio expuesto sobre el errado uso del vocablo *recurso* para identificar la acción autónoma de interpretación constitucional.

³⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, de fecha 22 de noviembre de 2000, Exp. 00-1725, Caso “Freddy H. Rangel Rojas y Michel Brionne Gandon”, interpretación del precepto constitucional 231 y Artículo 31 del Estatuto Electoral del Poder Público.

⁴⁰ Idem.

poder y de mutuos controles o contrapesos entre los órganos que lo ejercen; y tercero, el principio de ejercicio del poder bajo la ley, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático, conforme al cual son execradas la autocracia y la arbitrariedad. Dichos principios, en tanto fundamentales al Estado de Derecho, exigen la distribución de funciones entre diversos órganos y la actuación de éstos con referencia a normas prefijadas, ya sea como un modo de interdicción de la arbitrariedad o como mecanismos de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos del Estado”⁴¹.

Diferimos de la opinión transcrita pues, justamente, esos tres parámetros o principios que aduce la Sala como justificadores de aludida función interpretativa vinculante, al ser contrastados, parecieran negar frontalmente ese carácter.

En primer lugar, como la misma Sala dice explícitamente en su fallo, no detenta “competencia” interpretativa constitucional autónoma y vinculante, por texto expreso ni de la Constitución, ni del rango legal, ni del ordenamiento jurídico vigente, ante lo cual mal podría ser deducida o creída dicha potestad, pues como es universalmente conocido, la competencia de los sujetos públicos, de acuerdo a la misma norma fundamental, tiene que ser estricta y expresamente otorgada por la norma constitucional o legal.

En segundo lugar, se debe efectivamente a la consagración constitucional del principio de “separación de poderes” –axioma que en Venezuela en realidad aduce a la idea de separación atenuada de funciones entre ramas del Poder Público con órganos competentes–, al hecho de que existan ciertas áreas reservadas constitucionalmente al ejercicio de una rama u órgano, y que en el caso que nos ocupa, sería aún más grave el hecho de que la Sala Constitucional es un ente constituido, nacido y previsto por la Constitución, el cual al ejecutar esta singular potestad de interpretación constitucional, pudiera adentrarse en el área y las competencias sensibles al órgano constituyente, lo cual, sin lugar a dudas, está vedado por el propio contexto normativo constitucional, por cuanto el poder constituido no es contrapeso del poder constituyente, ya que aquél está insoslayablemente supeditado en su creación, existencia y contenido a este último.

En tercer lugar, el principio aludido de “ejercicio del poder bajo la ley”, obviamente secuela o consecuencia del principio de legalidad y de la expresión de competencia, a la cual ya hemos hecho referencia en el sentido de que dicha Sala no detenta esa aptitud legal interpretativa, revela diáfamanamente que se pudiera estar gestando una verdadera arbitrariedad con su implementación.

El panorama descrito es tan revelador de ese eventual peligro, que en el citado voto salvado del Magistrado Héctor Peña Torrelles, en la sentencia “Servio Tulio León”, indicó: “[...] no le está dado a los operadores jurídicos interpretar en abstracto la Constitución, pues en realidad esta operación se efectúa interpretando las normas y relaciones jurídicas a la luz del Texto Constitucional, para dar respuesta a conflictos individualizadamente considerados”.

Asimismo, pretender interpretar académicamente algún precepto constitucional, sin que exista un caso concreto relacionado con la función jurisdiccional de este Supremo Tribunal, supone señalar en forma abstracta cuál fue la voluntad del constituyente, obviando que este nunca dispuso tal posibilidad. De manera que no puede interpretarse la Constitución más allá de los términos en los que ella misma señala, y actualmente no existe –como lo reconoce el fallo– ninguna norma constitucional que haya establecido un recurso de interpretación de la Constitución. Ni el Artículo 335 ni ningún otro precepto de la Constitución facultan a la Sala Constitucional para interpretar en abstracto la Constitución (*omissis*), “[...] la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es objeto directo de control de la jurisdicción, y es que la razón por la cual no le está dado a esta Sala Constitucional conocer de una *acción de interpretación de la Constitución* es justamente la misma por la cual no existe una acción de nulidad de la Constitución [...] la Constitución no se interpreta de forma directa y abstracta porque constituye la base fundamental del Estado, o lo que es igual, siendo la Constitución el máximo vértice normativo no se interpreta directamente, sino que los operadores jurídicos dan respuesta a problemas concretos interpretando el ordenamiento jurídico como un todo”⁴².

⁴¹Idem.

⁴²Voto salvado del Magistrado Héctor Peña Torrelles, Caso “Servio Tulio León Briceño”, citado.

G. Supuestos ante los cuales puede solicitarse la acción de interpretación de normas constitucionales.

Por si fuera poco, la Sala Constitucional jurisprudencialmente ha delineado, a través de sus fallos, los supuestos fácticos que según su juicio podrían fundar y justificar la presentación y consecuenial admisión de una acción autónoma de interpretación constitucional, exaltando que necesariamente tendría que encajar en alguno de los siguientes casos:

1) De darse el supuesto de choque o colisión entre una específica norma constitucional con un principio o valor jerárquicamente superior consagrado en el mismo texto constitucional.

En la visión de la Sala, se puede dar la factibilidad de que una norma contenida en el texto constitucional pueda chocar contra principios o valores fundamentales superiores ínsitos en la misma Constitución, acarreando la posibilidad paradójica de *normas constitucionales inconstitucionales*, en una especie de inconstitucionalidad parcial de la misma Constitución, pero que “ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional”.

Para ello, la Sala Constitucional confrontaría, según su criterio, el texto de la norma sometida a interpretación con los principios fundamentales que gobiernan la Constitución, haciendo ceder la redacción del precepto constitucional contrastado, ante el contenido y alcance de los principios constitucionales a los cuales se daría primacía, con la finalidad de que se evitasen “los efectos indeseables de la anomalía”.

El problema planteado es realmente complejo, ya que pudiera darse una situación en la cual, de acuerdo a la visión subjetiva o enfoque particular que de la *concreta interpretación* de esos valores o principios efectúe la Sala Constitucional, *pueda eventualmente incidir en el núcleo medular de una norma constitucional*, gestándose una conducta que, de acuerdo a nuestro criterio, correspondería exclusivamente al órgano constituyente, por su contenido y subjetividad, la cual materialmente pudiera

estar vedada al órgano constituido, en este caso al Tribunal Supremo de Justicia y muy específicamente a la Sala Constitucional, nacida y alumbrada bajo la égida de esas mismas disposiciones constitucionales, que singularmente pudieran ser redimensionadas por un ejercicio interpretativo.

Además, perfectamente cabría preguntarse ¿cuáles serían los efectos formales consecuenciales que acarrearía la declaratoria sobre el contenido integral del artículo constitucional sometido a interpretación, ante el supuesto que, de acuerdo a la visión de la Sala Constitucional, choque o contradiga irresolublemente con los supuestos principios fundamentales?

De acuerdo con nuestra humilde opinión académica, la Sala Constitucional nunca podría declarar la inaplicabilidad de una disposición constitucional, en una especie de nulidad integral del precepto, por lo que pareciera que este singular supuesto de interpretación solo sería viable o plausible frente a disposiciones constitucionales que de alguna manera tengan una aparente contradicción con algún principio fundamental de la misma Constitución, ante lo cual, la Sala Constitucional, desde el punto de vista formal de la decisión por vía de interpretación, únicamente podría reorbitar la lectura o interpretación general del artículo analizado, como secuela del fallo de interpretación. Ahora bien, el real problema emergería ante el supuesto eventual de que por el contraste citado se denotase que la norma fuese definitivamente contraria a los principios fundamentales, ante lo cual, no podría ser reinterpretada si no declara su inoperatividad o inconstitucionalidad, y esto, de acuerdo a nuestro juicio, sería no materializable por la Sala Constitucional, pues esa evaluación y declaratoria escapa de su control y competencia.

2) De darse el supuesto de que “la Constitución remita como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin hacer alusión a qué consisten, o cuál sector de ellas sería aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se

han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia requieran de aclaratoria”.

Ante esta hipótesis, la Sala Constitucional pudiera establecer declaraciones principistas y darles sentido y contenido de acuerdo a su particular visión, lo cual eventualmente pudiera acarrear de nuevo el peligro de la producción de fallos que penetrasen delicadamente en área sensible reservada al constituyente; con el agravante de que además también pudiera inclinarse a argumentar una especial posición doctrinal haciéndola suya, por simplemente considerarla como válida, con el natural riesgo de incurrir en verdaderas parcialidades o separarse de la objetividad debida.

3) De darse la situación que dos o más normas constitucionales choquen entre sí, absoluta o aparentemente, lo que impondría la necesidad de que sea aclarada esa situación, calificada como colisión “endo-constitucional” o intraconstitucional.

De nuevo se presenta nuestra inquietud en torno a qué salida determinaría la Sala Constitucional, en el supuesto de que se denunciase y, según su juicio, se denotase que dos preceptos del mismo rango fundamental choquen entre sí y deba prevalecer uno de ellos sobre el otro, pues del ordenamiento constitucional vigente no se denota, en manera alguna, que dicha Sala detente la potestad de declarar nula o en el mejor de los casos inoperativa una norma constitucional frente a otra. Esto es fácil de observar por varios argumentos: en primer lugar, porque de considerar viable esa situación estaríamos aceptando la cruel idea de una jerarquización o graduación de normas e inclusive de derechos constitucionales, por lo cual unos pudieran ser desplazados por otros, contrariando el espíritu soberano del constituyente, por cuanto en la realidad todos detentan el mismo nivel y grado, no solo por su forma de producción sino por su consagración en el rango fundamental. En segundo lugar, esta apreciación escaparía de las atribuciones efectivas de la Sala Constitucional, dado el carácter supremo e imperativo, desde el punto de vista formal, que detentan la integralidad de las normas constitucionales sobre todos los entes que componen el Poder Público constituido.

4) Cuando se cuestione la constitucionalidad o adecuación con el derecho interno de las normas emanadas de órganos supranacionales, a los cuales esté sujeta la

República en virtud de tratados o convenios internacionales.

Curiosamente se aduce que pudiera darse una situación donde se denuncie una supuesta inconstitucionalidad de una norma dimanada de un organismo supranacional, que por mandato taxativo de Convenio o Tratado Internacional sea de imperativa aplicación en el ordenamiento interno o sea de obligatorio cumplimiento por las autoridades nacionales, ante lo cual, correspondería a la Sala Constitucional su evaluación y eventual declaratoria de inaplicabilidad cuando traigan posibles distorsiones a lo dispuesto por nuestra normativa fundamental.

Sin embargo, la explicación que la Sala Constitucional ha dado a este supuesto de control difiere evidentemente de lo que hemos expuesto, por cuanto según su criterio, pudiera verificarse una contradicción de una “norma de un tratado, pacto o convenio internacional” con una norma fundamental.

Esta situación, de acuerdo a nuestro juicio, solo sería probable ante Tratados, Convenios o Pactos que no versaren sobre derechos humanos, lo cual encarnaría un control sobre normas de rango legal que pretendiesen desvirtuar una norma superior como es la constitucional. Pero no así, ante el supuesto de normas provenientes de aquellos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, que traten sobre derechos humanos, ya que de acuerdo a nuestro texto constitucional, en su precepto 23, éstos gozarían de rango fundamental y modificarían sobrevenidamente nuestra Constitución. Esto generaría el mismo problema formal sobre cuál sería la declaratoria que pretendería efectuar la Sala Constitucional, de considerar una colisión entre los referidos instrumentos pertenecientes a la esfera fundamental. ¿Estaría facultada realmente para declarar la inconstitucionalidad de una norma a la cual la misma Constitución le imprime el carácter de norma fundamental o constitucional y expresamente establece que prevalecerán en el orden interno inclusive sobre la autoridad de la Sala Constitucional como órgano constituido?

5) Cuando se requiera determinar o establecer algún mecanismo procesal que permita el cumplimiento de una decisión de algún órgano o autoridad internacional de los previstos en el Artículo 31 de la vigente Constitución, hasta tanto en el futuro se promulgue una ley relativa al “amparo internacional de los derechos humanos”.

Sobre este supuesto también tenemos un reparo que efectuar, pues de acuerdo a nuestra visión, escaparía dentro del elenco de posibilidades de la Sala Constitucional, el poder establecer mecanismos procesales como acciones o procedimientos —aún ante la ausencia normativa de éstos—, ya que de acuerdo a la misma arquitectura constitucional esa actividad estaría vedada de su espectro de acción, de acuerdo a lo dispuesto como reserva legal en el Artículo constitucional 156 numeral 32, con el peligro reverencial para dicha Sala de la inmersión en un vicio constitucional de competencia como es la usurpación de funciones legislativas.

Lo que podría perfectamente hacer la Sala es velar porque toda persona pueda dirigir peticiones y quejas ante órganos internacionales consagrados en Tratados, Pactos y Convenios Internacionales sobre derechos humanos y garantizar el cumplimiento de cualquier decisión dimanada de los mismos, ya que el hecho de que no exista un régimen adjetivo no implica que no sean susceptibles de protección. Más aún si cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, ante una acción que no detente a texto expreso procedimiento por seguir, está facultada expresamente para aplicar supletoriamente un procedimiento de los ya existentes en el rango legal, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 19 parte 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

6) De darse interrogantes con relación al régimen legal transitorio a la Constitución —llamados por la Sala Constitucional como interregnos temporales⁴³—, o cuando sus normas parezcan sobreponerse a la Constitución, o cuando ni uno ni otro sistema fuese aplicable a un caso determinado.

7) Cuando se requiera determinar el contenido y alcance de normas constitucionales, pero aún sin desarrollo legislativo, con la finalidad de que sus disposiciones no queden en suspenso indefinido.

8) De existir normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes, y ante tal situación, a fin de que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios.

9) Ante interrogantes relativos a la congruencia del texto constitucional con las facultades del constituyente.

Respecto a la admisibilidad, la Sala dejó sentado que serían inadmisibles los recursos de interpretación que no persiguiesen los fines antes mencionados. Asimismo, se podrá declarar inadmisibile el recurso cuando no se constata en el actor su interés jurídico personal y directo —o actual—, toda vez que el recurso de interpretación no es una acción popular; cuando no exprese con precisión en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente.

Igualmente, señaló la Sala que es inadmisibile el recurso, cuando en sentencias de esta Sala anteriores a su interposición, se haya resuelto el punto, sin que sea necesario modificarlo; o cuando a juicio de la Sala, lo que se plantee no persiga si no la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre estos y órganos públicos, o entre estos últimos; o una escondida forma destinada a lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley.

H. Régimen adjetivo “normado” por la Sala Constitucional en referencia a la acción.

no se [pudiese] realizar”, además de establecer un procedimiento *ad hoc* para ventilar tan singular acción.

Al determinar que se trataría de un asunto de mero derecho, por lo cual no requeriría de instrucción específica

Ante la mora legislativa de la Asamblea Nacional en dictar la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consideró que no existía “razón lógica ni teleológica para que la interpretación de la Constitución

⁴³ Al respecto ver nuestra posición en Carrillo Artilles, Carlos Luis, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por el régimen de los interregnos temporales”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Caracas, Editorial Sherwood, 2000.

de hechos, consideró necesario en su momento aplicar un procedimiento supletorio de las demandas –de acuerdo a lo establecido para aquél momento en el Artículo 102 de la para entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy Artículo 19 parte 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, presentada la acción que dentro de su objeto medular indique las normas y los principios sobre los que se pide la interpretación constitucional específica, se procederá a la verificación de la admisibilidad, y en caso de que sea procedente su admisión, podría emplazar mediante edicto público a cualquier interesado, a los efectos de garantizar la participación ciudadana, para que coadyuven en el sentido que ha de darse a la interpretación requerida. Para ello, se señalará discrecionalmente un lapso de preclusión para que los interesados concurren y expongan por escrito sus argumentos pertinentes.

Coetáneamente se expedirán sendas notificaciones de la referida admisión de la acción al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo, “quedando a criterio del Juzgado de Sustanciación de la Sala el término señalado para observar, así como la necesidad de llamar a los interesados, ya que la urgencia de la interpretación puede conllevar a que solo sean los señalados miembros del poder moral, los convocados”.

Una vez vencido los términos anteriores, se pasan los autos al ponente designado con la finalidad de que presente su proyecto de ponencia, en el cual se establecería la declaratoria de interpretación, que reorbite, desaplique, indique el contenido y alcance de un principio, norma, derecho o garantía constitucional sometidos a extraordinario análisis judicial. *

I. Bibliografía

Badeni, Gregorio, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad-Hoc.

Balaguer Callejón, María Luisa, “Los límites de la interpretación constitucional”, en *Interpretación de la Constitución y su ordenamiento jurídico*, Barcelona, España, Editorial Tecnos, 1997.

Bernaschina González, Mario, *Manual de derecho constitucional*, T. II, Santiago de Chile, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1958.

Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Roque Depalma Editor, 2ª edición, 1954.

Bluntschli, Gaspar, *Derecho público universal*, T. II, Centro Editorial de Góngora, San Bernardo, Nueva Biblioteca Universal.

Brewer Carías, Allan, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

—————, *Instituciones políticas y constitucionales*, T. IV, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996.

—————, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999.

Campos Bidart, Germán, *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, 1969.

Canova González, Antonio, “La supersala (constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Caracas, Editorial Sherwood, julio/diciembre 2000.

Carrillo Artilles, Carlos Luis, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por la vigencia de los interregnos temporales”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Caracas, Editorial Sherwood, julio/diciembre 2000.

—————, “La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999”, Libro Homenaje a Allan Brewer Carías, *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, Madrid, Editorial Civitas, 2003.

—————, “La inédita construcción jurisprudencial de la jurisdicción normativa por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, ponencia dictada en el *VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, T. II, Valencia, Carabobo, Editorial Pavia Gráfica, 2003.

- Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, 2001.
- , “La facultad revisora de la sala constitucional prevista en el numeral 10 del Artículo 336 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Caracas, Editorial Sherwood, julio/diciembre 2000.
- De Paula Pérez, Francisco, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Colombia, Editorial Lerner, 5ª edición.
- Dworkin, Robert, *Taking the rights seriously*, Londres, Inglaterra, Barcelona, España, Editorial Ariel.
- Escovar León, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Jurídicos, 2001.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1985, p. 61.
- Gil Fortoul, José, *Filosofía constitucional*, Caracas, Editorial Cecilio Acosta, 1940.
- González Calderón, Juan, *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft LTDA, 1943.
- González-Deleito, Nicolás, *Tribunales constitucionales, organización y funcionamiento*, Madrid, Editorial Tecnos, Manuales Universitarios Españoles IX, 1980.
- Gozaíni, Osvaldo, *La justicia constitucional*, Buenos aires, Argentina, Editorial Depalma, 1994.
- Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Editorial Reus, 1927.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 17ª edición, 1981.
- Linares Benzo, Gustavo José, “¿Qué interpretaciones? ¿Cuán vinculantes? Alcance de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *La libertad de expresión amenazada*. Sentencia 1013, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 2001.
- Marín, José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Editorial Ariel, 1998.
- Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 2000.
- Montes De Oca, M. A., *Lecciones de derecho constitucional*, notas tomadas por Alcides Calandrelli, Buenos Aires, Argentina, Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927.
- Moreli, Sandra, “La Corte Constitucional, ¿un legislador complementario?”, en *Temas de Derecho Público* N° 45, Bogotá, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales, 1997.
- Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 3ª edición, 1990.
- Nieto, Alejandro, *El árbitro judicial*, Madrid, Editorial Ariel.
- Olano, Carlos Alberto, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2ª edición, 1987.
- Pellegrino, Cosimina, “La interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. ¿Existe un recurso autónomo de interpretación constitucional?”, en Libro Homenaje a Enrique Tejera París, *Temas sobre la Constitución de 1999*, Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Peña Solís, José, “La interpretación conforme a la Constitución”, en el *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2001.
- Rey Cantor, Ernesto, *Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales*, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001.

- Rivas Quintero, Alfonso, *El Estado, estructura y valor de sus instituciones*, Valencia, Venezuela, 2003.
- Rondón de Sansó, Hildegard, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Caracas, Editorial Exlibris, 2000.
- Ruggeri Parra, Pablo, *Derecho constitucional venezolano*, Caracas, Editorial Cecilio Acosta, 1944.
- Sachica, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2ª edición, 1966.
- , *El control de la constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, Colombia, Ediciones Universidades Simón Bolívar, Medellín y Libre de Pereira, 1978.
- Sagués, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1998.
- Silva Bascuñan, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, T. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 1963.
- Storini, Claudia, “El alcance jurídico de la teoría de la interpretación como límite a la labor del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 6, Editorial Sherwood, enero/diciembre 2002.
- Uribe Giraldo, Luz Elena, *El Estado, las libertades individuales y el preámbulo de la Constitución*, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1984.
- Vidal Vergara, Carlos, *Los derechos individuales en las constituciones modernas*, Santiago de Chile, Chile, Editorial Nascimento, 1936.
- Viola, Francesco y Sacarí, Giuseppe, *Diritto e intepretazione*, Roma, Italia, Editorial Laterza, Seconda Edizione, 2000.
- Wolf, Ernesto, *Tratado de derecho constitucional venezolano*, T. II, Caracas, Venezuela, Tipografía Americana, 1945.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2ª edición, 1997.

EMPRESAS RECUPERADAS. UN LOGRO OBTENIDO Y UNA NEBULOSA JURÍDICA

Cristina del Carmen Mansilla

El presente trabajo analiza la figura delictual del “vaciamiento empresario” y el surgimiento de la figura de la “empresa recuperada” con personal presuntamente experto en gestión empresarial; sin embargo, considero que antes de comenzar el análisis de la figura del delito fiscal, debemos primero definir el concepto de derecho fiscal y de derecho tributario, ya que es bastante usual que se utilicen como sinónimos.

El derecho fiscal está definido como una rama del derecho público que tiene por objeto el estudio de un conjunto de normas jurídicas que, de acuerdo con determinados principios comunes a todas ellas, regulan el establecimiento, la recaudación y el control de los ingresos de derecho público del Estado, derivados del ejercicio de su potestad tributaria, así como las relaciones entre el propio Estado y los particulares considerados en su calidad de contribuyentes.

Mientras que el derecho tributario está definido como una rama del derecho público que estudia las normas jurídicas a través de las cuales el Estado ejerce su poder tributario, con el propósito de obtener de los particulares ingresos que sirvan para sufragar el gasto público en aras de la consecución del bien común.

Como se observa de la conceptualización antes citada, el alcance del derecho fiscal se refiere al Estado actuando a través de todas sus jurisdicciones, tanto nacional, como provincial, municipal o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y dentro de él se halla el derecho tributario con normas jurídicas que le permiten generar acciones de aplicación, recaudación, ejecución y contralor de la recaudación impositiva y previsional.

En los párrafos que siguen, se tratará la figura del “vaciamiento fraudulento de la empresa” dentro del campo

A. Introducción.

del delito fiscal que arrastra a ciertas empresas productivas a su disolución, lo que genera quebrantos por incobrabilidad en la contabilidad de sus proveedores y pérdida de la fuente laboral desde el ámbito social. Esto repercute directamente en la recaudación tributaria y en nuestro sistema social, porque a algunas personas, a partir de cierta edad, sin preparación profesional, se les torna más difícil su reinserción y así llegamos a los denominados “excluidos sociales”.

Como *consecuencia de esta* figura delictual observamos el surgimiento de las denominadas economías sociales a través de la llamada “empresa recuperada”, que ha sido definida como aquella organización sobre la cual sus trabajadores han tomado el control, generalmente después de la bancarrota de su gerencia, para hacerlas productivas nuevamente y conformar una figura similar a las “Cooperativas de Trabajo”. De esta manera se genera recaudación tributaria, porque al haber fuente laboral hay mayor consumo e inversión.

Además no podemos dejar de lado el análisis de la actual crisis económica y el costo que representa para el Estado en estos momentos apoyar con medidas sociales esta figura, a través de subsidios por desempleo frente a la cantidad de mano de obra que sale al mercado, ya que en la actualidad la oferta laboral es mayor a la demanda, especialmente en grandes ciudades como ocurre con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sin embargo, tampoco desconocemos que la figura de Cooperativa, en alguno de sus tipos, conforme jurisprudencia judicial ha sido y es utilizada fraudulentamente, y por ello entiendo que la autoridad de aplicación tendría que crear una figura jurídica especial para este tipo de entidades, además de probar y verificar la realidad de su origen, así como su desarrollo económico e inserción dentro de la sociedad.



Para adentrarnos en la temática de la empresa recuperada y los presuntos delitos fiscales, considero que primero hay que definir el concepto de *empresa recuperada*, o también llamada empresa gerenciada por sus ex empleados, como aquella sobre la que sus trabajadores han tomado el control, normalmente después de la bancarrota de su gerencia.

Argentina ha sido presentada en los años noventa como un laboratorio exitoso de pruebas para el neoliberalismo, donde uno de los Estados más fuertes erigidos en el continente durante la época de los así llamados Estados de Bienestar había sido desarticulado rápida y ferozmente, para llegar a convertir un grueso entramado de organismos de asistencia pública, seguridad social y empresas públicas en un Estado reducido a su mínima expresión.

Los procesos autogestionarios protagonizados por los trabajadores tienen una larga historia, que se remonta a las primeras experiencias cooperativas en la Inglaterra industrial de mediados del siglo XIX. En la Argentina y en América Latina, especialmente cuando surgieron a partir de situaciones de conflictividad y lucha obrera, dichos procesos se dieron en contados casos y en coyunturas políticas y económicas excepcionales (como en Chile, durante el gobierno de la Unidad Popular). La experiencia de los trabajadores en la Argentina solo conocía algunos y limitados casos (excluyendo de esta categoría el vasto movimiento cooperativo de arraigada tradición), en las décadas del setenta y el ochenta.

El fenómeno de las empresas recuperadas, tal como lo conocemos actualmente, es decir, la puesta en marcha por los trabajadores de empresas quebradas, legítima o fraudulentamente, frente al peligro cierto de ser arrojados a la desocupación estructural, es un proceso asociado a otro tipo de situación socioeconómica, generada a partir de las políticas regresivas neoliberales hegemónicas a partir de los años noventa. Se trata, entonces, de una respuesta de los trabajadores a una situación de extrema necesidad en medio de un proceso de desindustrialización que se mostraba como irreversible. Las herramientas gremiales tradicionales, insuficientes para dar una respuesta eficaz y evitar el pasaje del trabajador a la condición de desocupado sin perspectivas futuras, más el ejemplo cotidiano de las luchas de los trabajadores

B. La empresa recuperada en Argentina.

desocupados por sobrevivir, dieron paso a una nueva estrategia, costosa y conflictiva, pero percibida por sus protagonistas como la única salida posible para conservar las fuentes de trabajo. Esto marca una gran diferencia con los procesos precedentes de autogestión, enmarcados en posturas obreras ofensivas en contextos favorables al desarrollo de prácticas cuestionadoras del capitalismo y políticamente concebidas como tales.

La maquinaria es, por lo general, obsoleta, las instalaciones precarias y la patronal en huida ha dejado un tendal de deudas, entre las que figuran los salarios de los trabajadores y las indemnizaciones por despido, por ejemplo.

Este fenómeno de abandono empresarial se debe en ocasiones a los condicionamientos macroeconómicos, pero también a maniobras fraudulentas realizadas por los empresarios, en sintonía con el modelo de valorización financiera imperante. Esto provocó situaciones en las que, antes que una “toma” en el sentido tradicional que la historia del movimiento obrero sugiere, la ocupación de la fábrica por los obreros se pareciera más a un abandono por parte de los capitalistas de sus trabajadores en una planta vacía, sin capital y sin trabajo.

Estas características dieron a las ocupaciones de establecimientos que derivaron en empresas recuperadas la oportunidad, para los obreros, de permanecer en los puestos de trabajo, lo que constituyó la tabla de salvación, antes que un paso en la construcción de otro sistema o la lucha por el control obrero de la producción.

En el año 2002 se presenció una multiplicación de los casos de empresas recuperadas, mayoritariamente con esas características.

Tratando de avanzar en la definición, podemos considerar a las empresas recuperadas como un proceso social y económico que presupone la existencia de una empresa anterior, que funcionaba bajo el molde de una empresa capitalista tradicional y cuyo proceso de quiebra, vaciamiento o inviabilidad llevó a sus trabajadores a una lucha por su puesta en funcionamiento en formas autogestivas. Elegimos la palabra “recuperadas”, porque es el concepto que utilizan los mismos trabajadores, y porque implica la noción de ocupación de una empresa anterior.

Se trata de un proceso y no de un “acontecimiento”, por lo que las empresas recuperadas no son solamente las que están produciendo, o las que están expropiadas, o las que son cooperativas de trabajo, o cualquier otro criterio que reduzca el caso a un aspecto del proceso sin contemplar su totalidad, sino una unidad productiva que atraviesa un largo y complejo proceso que la lleva a la gestión colectiva de los trabajadores.

En este sentido, es fundamental ver que las empresas recuperadas no son un fenómeno totalmente asimilable a la llamada “economía social” o “economía solidaria”. La economía social, además de estar impulsada desde los organismos financieros internacionales como una forma de paliar los efectos inevitables de las reformas neoliberales, es impulsada desde ONGs y a veces desde el propio Estado. A la vez, terminan eternizando a los sectores más postergados de la sociedad en la dependencia de donativos y subsidios estatales o de ONGs que, a la larga, impiden la lucha por la vuelta a la estructura productiva formal de los trabajadores desocupados.

La relación entre las empresas recuperadas y los sectores de la economía solidaria es una relación necesaria y con gran potencialidad política y económica a futuro. En definitiva, puede sostenerse que el movimiento de empresas recuperadas pone sobre el tapete, discutiéndolo críticamente, el fallido intento de separar la lucha social de la lucha política y de clases que el neoliberalismo ha intentado imponer como modelo.

En principio, estamos hablando de un fenómeno que se distribuye en todo el país y entre variados rubros de la estructura productiva y de servicios. Esta distribución no es aleatoria, sino que tiene estrecha relación con la estructura económica de la Argentina. Esto se refleja en que un 60% de las empresas recuperadas se agrupa en el área metropolitana de Buenos Aires, y la mayoría de las del interior en las concentraciones industriales de las provincias de Santa Fe y Córdoba. El 50% pertenece a industrias metalúrgicas u otras manufacturas industriales, un 18% al rubro alimenticio y un 15% a servicios no productivos, como salud, educación y hotelería. Solo el 12% corresponde a empresas formadas antes de 1970, la gran etapa de la Argentina industrial, y además en gran mayoría son empresas categorizadas como PyMES, de acuerdo con el número de trabajadores. Sin embargo, la cantidad de trabajadores no es el único

criterio posible para clasificar la importancia de una empresa, sino que también debemos considerar la capacidad de producción y la facturación, entre otros aspectos.

Si hacemos una comparación de la cantidad de trabajadores que estas empresas empleaban en su momento de mayor expansión con aquellos que protagonizaron el conflicto que llevó a la recuperación, vemos una disminución de cerca del 70%, no atribuible en su totalidad a cambios tecnológicos y reformas empresariales. Esto evidencia el largo proceso de deterioro de la industria y la economía argentina y, especialmente, de la precarización (llamada flexibilización) de las condiciones laborales, previas al conflicto.

El mejoramiento de la economía argentina en los últimos años provocó un problema en ese sentido para muchas empresas recuperadas que vieron cómo trabajadores especializados en actividades de gran recuperación (básicamente por la política de tipo de cambio alto que impulsa las exportaciones y desalienta la importación de bienes que se pueden fabricar en el país) abandonaron la empresa autogestionada ante ofrecimientos de mayores salarios por parte de empresas competidoras. Otros han encontrado más rentable trabajar por cuenta propia, incluso para la propia empresa recuperada, antes que igualar sus ingresos con trabajadores menos calificados.

Una visión cruda de la realidad sirve para alertar contra la actitud, bastante frecuente, de depositar en estos trabajadores, protagonistas a su pesar de un proceso novedoso, la responsabilidad absoluta de un cambio social profundo, pues no hay cambio más difícil que el que atañe a las relaciones económicas, el nudo gordiano del capitalismo. Al mismo tiempo, esa visión cruda nos permite valorar mejor los procesos de transformación logrados por este conjunto de trabajadores, donde se han puesto en juego una serie de innovaciones sociales concretas en cuanto a la gestión de la producción y la formación de redes solidarias antes ausentes de la vida empresarial.

Es imposible en las actuales condiciones, si nos atenemos a pautas tecnológicas frías y pensamos las empresas recuperadas desde la absoluta responsabilidad de los obreros que las protagonizan, dejarles a trabajadores, que han sido forzados por la situación y la necesidad a tomar el camino de la autogestión, la responsabilidad social, política e intelectual de producir cambios que, por poner un ejemplo, la propia Unión Soviética no logró resolver.



El delito ha sido definido como una conducta, acción u omisión antijurídica, culpable y punible conforme las disposiciones jurídicas en particular, que en el campo fiscal se tipifica conforme el daño provocado hacia el bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado ha sido definido en el derecho tributario penal como el normal y continuo funcionamiento del Estado: la actuación legal y no perturbada de las personas que en ella actúan y el decoro de aquellas y ésta.

El Estado de Derecho, protector de los derechos humanos básicos y que surge de nuestra Constitución Nacional, es un producto de la modernidad que tiene su base en la teoría de la separación de poderes, originada en Inglaterra, siguiendo la idea básica de que quien hace las leyes no debe ser el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas.

La Administración pública como bien jurídico tutelado se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden público, proteger el derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas, por lo tanto el bien jurídico protegido es la defensa del Estado como tal.

Sin embargo, el Dr. Soler (2005) sostiene que la Administración pública no es un bien jurídico tal como lo definen las normas penales, sino que es un concepto que gira alrededor de intereses sociales e individuales, que tienen relación con la función pública, destinada al bien común.

La Ley de Ética Pública N° 25.188, por otra parte, ha definido a la función pública como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos; por ello cualquier ardid, maquinación o acción maliciosa tendiente a producir un perjuicio hacia la función primaria que cumple el Estado, a través de su Administración pública y en cualquiera de sus jurisdicciones, constituye un delito fiscal.

La Constitución Nacional, en el Artículo 14, dice: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes

C. El delito fiscal.

derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y [...]”.

Este ha sido uno de los ideales levantados antes de la Revolución Francesa en contra de los privilegios y los monopolios económicos; por ello, un ordenamiento jurídico suficientemente desarrollado debe ocuparse de controlar su ejercicio, y una de las formas adoptadas ha sido la institucionalización de medidas orientadas a evitar los abusos en el ámbito económico, a través de normas tales como: Ley N° 12.906, publicada en el *BO* el 22-2-1947 como “Represión a los monopolios y trust”; Ley N° 12.830, publicada en el *BO* el 16-9-1946 como “Aplicación de precios máximos”; Ley N° 20.680, publicada en el *BO* el 25-6-1974 como “Abastecimiento público”; Ley N° 22.262, publicada en el *BO* el 6-8-1980 como “Defensa de la Competencia”; Ley N° 22.415, publicada en el *BO* el 23-3-1981 como “Código Aduanero”; Ley N° 23.771, publicada en el *BO* el 27-2-1990 como “Ley Penal Tributaria”, reemplazada el 15-1-1997 por la Ley N° 24.769; Ley N° 20.744, publicada en el *BO* el 27-9-1974 como “de Contrato de Trabajo”, etc.

Dentro del derecho tributario penal se hace una distinción entre delito y contravención, conceptualizando a esta última como la infracción que implica el incumplimiento a deberes administrativos inherentes a la determinación de la obligación tributaria y al contralor del cumplimiento de la misma, incluyendo también a aquellas que consisten en el incumplimiento de la prestación tributaria, o denominadas infracciones materiales (Soler: 1983).

Sin embargo, la figura del vaciamiento patrimonial de las empresas no se halla tipificada como delito tributario penal, sino como delito penal en el Artículo 174 inciso 6 del Código Penal cuando dice: “[...] será penado con prisión de 2 a 6 años el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”.

La configuración del “vaciamiento” genera tributos, que han sido evadidos, provocando un perjuicio directo a la recaudación tributaria violentando los principios constitucionales de equidad, igualdad, generalidad y capacidad contributiva, por lo tanto constituye fraude fiscal, como un ataque a las normas de convivencia democrática, alterando significativa e injustificadamente la distribución de la renta y la riqueza.

El Fisco Nacional, en el Dictamen N° 182 del 17 de diciembre de 1971 de la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos, analizó la figura de desfalco y vaciamiento patrimonial de una sociedad anónima cuya actividad financiera le permitiera generar una reserva matemática que fuera usufructuada por los directivos, sin destino conocido y provocando un perjuicio directo a los ahorristas; la maniobra fue puesta al descubierto por el liqui-

dador judicial de la entidad, lo que provocó la fuga de los directivos imputados con orden de captura.

La dirección asesora adopta el criterio de gravar con impuesto a los réditos los ingresos obtenidos en el ejercicio de las actividades ilícitas, no admitiendo la compensación de los quebrantos; se basa en la justificación de que si así no fuera se acordaría un tratamiento fiscal privilegiado a quienes contravinieran las leyes del país (Marcos Rabinovich: 1957).

El comentario oficial del Decreto N° 14.338/1946 dice que la imposición de operaciones ilícitas es perfectamente lógica dado que no se tiene en cuenta nada más que la renta, con prescindencia de la forma lícita o ilícita de su obtención. Esto ha sido visto asimismo como tendiente a la represión de actividades calificadas como ilícitas.

D. ¿Qué se entiende por actividad ilícita?

Es toda actividad económica de carácter empresarial, profesional o artístico siempre que suponga el ordenamiento por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. La actividad económica casi siempre tiene el objetivo de crear un excedente (ganancia), que podrá ser reinvertido (asociaciones sin fines de lucro) o repartido entre los integrantes de la organización (sociedades comerciales o empresas).

En el derecho tributario, estas actividades económicas, antes conceptualizadas genéricamente, se hallan tipificadas en las normas impositivas (IVA, Ganancias, Seguridad Social, etc.) dentro del concepto de hechos y/o actos jurídicos económicos que al momento de cumplir determinado requisito temporal (período fiscal) o espacial (desarrolladas en el territorio de la República Argentina) implica que tendrán que ingresar el tributo.

Dino Jarach, en su libro *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, define el hecho imponible como: “[...] el hecho que por voluntad de la ley produce efectos jurídicos”, que se denominan “obligaciones tributarias”, del sujeto pasivo o contribuyente en favor del sujeto activo o Fisco.

Dentro del terreno económico podemos citar, a modo de ejemplo, el concepto de “comercio global ilícito”, que ha sido definido por Moisés Naím, editor de la revista *Foreign Policy*, como aquel que infringe las normas –las leyes, las reglamentaciones, las licencias, los impuestos, las prohibiciones y todos los procedimientos que utilizan las naciones para organizar el comercio, proteger a sus ciudadanos, recaudar impuestos y hacer cumplir los preceptos éticos. Ese comercio incluye compras y ventas que son absolutamente ilegales en todos lados y otras que pueden ser ilegales en algunos países y aceptadas en otros. Evidentemente, el comercio ilícito es muy negativo para la legitimación de los negocios, excepto donde no lo es. Debido a que... existe un área gris considerable entre las transacciones legales y las transacciones ilegales, un área gris que los comerciantes dedicados a lo ilícito usan para su beneficio.

Para Naím, el “comercio global ilícito” florece y triunfa en un mundo más interconectado, con fronteras más porosas y poderosas tecnologías (como internet) en manos de “civiles”, con menos barreras al comercio y más agentes no estatales operando en el escenario internacional.

En verdad, la cuestión de los límites entre lo legal y lo ilegal, cuestión sencilla a primera vista, cuando es examinada más de cerca se revela más complicada que una simple disputa entre honestos y deshonestos, entre el bien y el mal, y se acerca mucho más al problema histórico de la distribución desigual del poder en un

mundo económico, político y culturalmente diferenciado. Cualquier visión absoluta de la rigidez y la eficiencia de esta línea torna absoluta, con fines ideológicos, la eficacia, honestidad, independencia y neutralidad totales de la actuación del Estado, hecho que no resiste una revisión sociológica e histórica mayor.



El poder público, con el propósito de una mayor contribución en el campo económico y social, crea una conciencia social proclive a admitir la existencia de mayores impuestos generadores de recursos que alcancen actividades consideradas “ilícitas”, con los cuales el Estado puede hacer frente a su creciente intervención.

Según la teoría tributaria y penalista, el ilícito y sus sanciones son de naturaleza específica, y constituyen una transgresión al orden público que lesiona el bien jurídico protegido por la norma legal, que en materia fiscal consiste en las iniciativas de interés comunitario que el Estado realiza mediante la utilización de los recursos tributarios que debe ser sancionada en proporción al daño causado.

Para sostener esta interpretación de que los hechos económicos tipificados por las normas jurídicas como “contrarias a la ley y las buenas costumbres”, o en otras palabras “ilícitas”, deben tributar, citaremos a continuación jurisprudencia ordenada cronológicamente que avala esta postura:

Causa “Adolfo Lambertini e Hijos S.R.L. s/ recursos de apelación”, Tribunal Fiscal de la Nación, sentencia del 22-11-1962.

En la presente se discutió la deducibilidad por parte de una empresa que se dedicaba a la reparación, limpieza y pintura de buques dentro del gravamen a los réditos, del pago de “coimas” bajo la denominación contable de erogaciones por “comisiones” que consideraban habituales a personas vinculadas con la actividad marítima además de otras que invocaron influencias en las esferas oficiales, y sobre las cuales no poseían respaldo documental.

A lo que el organismo recaudador nacional aplicó la impugnación del gasto más la responsabilidad sustituta en cabeza del contribuyente pagador de dicha renta, al existir connivencia entre las partes para provocar fraude en la

E. Distintas inclinaciones de la jurisprudencia.

recaudación, ya que el perceptor de esta comisión jamás tributaría sobre dicho importe.

Sin embargo, la justicia entendió que por lo usos y las costumbres de la época se podía considerar un gasto necesario para el mantenimiento y la obtención de la renta gravada, permitiendo su deducibilidad, y por lo tanto podríamos decir legalizando estas conductas, aplicando la tasa máxima sobre el importe de la utilidad obtenida por el verdadero contribuyente de esta “comisión” que no fue denunciado.

En el ámbito de la jurisprudencia administrativa podemos citar el *Dictamen N° 37/1992 de la Dirección de Asesoría Legal*, que responde a una consulta de un área del Organismo recaudador nacional, sobre la determinación de oficio sobre base presunta, basado en la detección de venta de créditos fiscales inexistentes, correspondientes al año 1984 y a partir de una denuncia ante el Juzgado Federal en lo Penal y Correccional; además, el presente funda la gravabilidad de las ganancias provenientes de operaciones ilícitas en la “teoría del balance” sin importar la naturaleza, el origen o la licitud de las obtenciones o ingresos del sujeto, ya que este criterio, vigente por imperio de la ley del gravamen, eliminaría del foco de atención los negocios individualizados productivos de renta y por consiguiente el análisis de su causa lícita o ilícita.

Concluye diciendo que los beneficios ilícitos también son gravados porque el hecho imponible se refiere a resultados económicos y no a actos jurídicos.

Causa “Clínicas y Sanatorios Asociados S.A.”, de la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativa - Sala IV, con sentencia el 6-12-2007.

El sujeto pasivo había utilizado facturas apócrifas para efectuar deducciones que no se correspondían con la realidad económica pero que intentaban justificar gastos

reales sin comprobantes formales respaldatorios, y ante el Juez en lo penal económico, quien constató la inexistencia de la conducta que se le achaca al imputado, por la pruebas aportadas en base a la realidad económica; entendió que dichas erogaciones existieron para arribar al cumplimiento de sus fines sociales, y por ello consideró que dichos documentos no eran falsos como sostenía el juez administrativo, para proceder, entonces, a aplicar sanción culposa ante la falta de intención ardidosa, y ordenó la corrección de la determinación administrativa.

En la muestra de jurisprudencia tributaria que acabamos de plantear, observamos que la justicia en esta última década se ha volcado a favor de su gravabilidad impositiva de ciertas actividades como: operaciones de compras y ventas declaradas en sus presentaciones for-

males a través del uso de documentos falsos, para inducir a error al Fisco; acumulación de riqueza injustificada en el origen de la misma; pago de “coimas” para ingresar a determinados circuitos económicos; venta en negro de mercaderías y bienes que permiten el vaciamiento patrimonial de las empresas, así como el tratamiento del trabajo no registrado o informal o, como se dice en ciertos medios, “trabajo subterráneo” y subempleo. Esto último porque se entiende que al ser una forma de manifestación de capacidad económica, y que tal como establece nuestra Constitución Nacional todos somos iguales ante la ley, sin distinción de linaje, casta o color de piel, y el principio de equidad establece además que cada ciudadano debe contribuir al sostenimiento de la economía según su capacidad económica de pago, es decir quien más gana más paga, la lucha contra el trabajo informal es también una forma de paliar la exclusión social.

F. Conclusión.

En este trabajo estamos mostrando en realidad la confluencia entre el delito penal económico del “vaciamiento empresario”, que se *aggiorna* con el delito tributario de la evasión impositiva y previsional, contra el derecho constitucional a trabajar dignamente de cualquier ciudadano, para lo que se utiliza en algunas oportunidades fraudulentamente la figura de “empresa recuperada” con participación de los anteriores directores, o dueños que conocen la actividad productiva y siguen gestionando la empresa en forma encubierta. Por ello insisto en que el legislador tendría que crear una figura en la economía social distinta de las “Cooperativas de Trabajo”, cuando el origen sea la toma de empresas.

No desconocemos la última reforma de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 que, a través de su Artículo 10, propone “la continuación inmediata de los

trabajadores de la fallida, organizados en cooperativa de trabajo aunque no contaren con personería otorgada, siempre que acrediten sumariamente haber iniciado los trámites para su otorgamiento, podrán solicitar al juez dentro de los 10 días hábiles de decretada la quiebra, la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos [...]”.

Como se observa, lo único que se proyecta en la modificación legislativa es darle ropaje legal a la figura de la “empresa recuperada”, solo con los controles formales que lleva adelante el INAES, entidad que les otorga la personería jurídica y de esta manera pudiendo acceder a los beneficios impositivos de exención, sin mayores fiscalizaciones que permitan probar si esta nueva persona jurídica es genuina o constituye un fraude encubierto. *



G. Bibliografía.

- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, T. III y T. IV, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 1ª parte general, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1980, 2ª edición ampliada.
- Ruggeri, Andrés, “Las empresas recuperadas en la Argentina: desafíos políticos y socioeconómicos de la autogestión”, ponencia presentada en el Primer Encuentro Internacional: *La economía de los trabajadores. Autogestión y distribución de la riqueza*, agosto 12-14, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2007.
- Soler, Osvaldo H., *Derecho Tributario*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005, 2ª edición actualizada y ampliada.
- www.es.wikipedia.org, “Concepto crimen y delito”, sin autor.
- www.recuperadasdoc.com.ar.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARTICIPATIVAS

Agustín R. Moscariello¹

¹ Abogado (UCA, sede Rosario). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Profesor de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial en la UCA, sede Rosario.

 El procedimiento administrativo y la generación, el diseño o la formulación participativa de políticas públicas nos enfrentan a la “caducidad” de la noción tradicional del procedimiento administrativo. Ese procedimiento de tipo confrontativo, “judicializado”, dual, montado sobre el modelo “procesal”², como falso del proceso civil –que Javier Barnes llama de primera generación³–; propio del arquetipo plasmado en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 y en la mayoría de las leyes de procedimiento provinciales.

Así el esquema procesal en que se basa el procedimiento administrativo tradicional “no sirve para solucionar situaciones en las que es necesaria la mediación, la generación de consenso y la aceptación ante un amplio segmento de la población del proyecto propuesto (ubicación de infraestructuras de transporte y telecomunicaciones, instalación de industrias, centrales eléctricas o depuradoras, la apertura de un centro comercial o religioso)”⁴.

A. Introducción.

Aparecen así los llamados –al decir de Barnes– procedimientos administrativos de segunda y tercera generación, los cuales vienen a llenar este vacío.

Los procedimientos administrativos de segunda generación tienen por misión la elaboración de toda clase de normas reglamentarias, programas, planes o proyectos (en un entorno de Administración imperativa). Al tiempo que los llamados de “tercera generación” se dan en el marco de las nuevas formas de gobernanza, en un medio de colaboración, “cuando no se trata de aplicar el derecho preexistente, sino de buscar, entre múltiples actores y en forma cooperativa, la mejor solución”⁵.

Si bien no somos afectos a las definiciones, en ciertas ocasiones son útiles a los fines de ponernos de acuerdo acerca de qué estamos hablando.

Veamos entonces los conceptos de políticas públicas, participación ciudadana, procedimiento administrativo, entre otros, y cómo se vinculan dichas ideas entre sí.

 ² Barnes Vázquez, Javier, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en AA VV Barnes Vázquez, Javier (director), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006, p. 271.

 ³ Se trata de la noción “tradicional” del procedimiento administrativo, la cual tiene por objeto el dictado de resoluciones que afectan los derechos e intereses de los ciudadanos, a cargo de la Administración imperativa, la que actúa como si tratara de un juez. Barnes Vázquez, Javier, “Tres generaciones de Procedimiento Administrativo”, en: AA VV, Aberastury, Pedro y Hermann, J. Blanke (Coordinadores), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

 ⁴ Barnes Vázquez, Javier, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, *op. cit.*, p. 283.

⁵ Barnes Vázquez, Javier, “Tres generaciones de Procedimiento Administrativo”, *op. cit.* 

De tal modo, en primer lugar, podemos definir las “políticas públicas” como “la acción estratégica (de instituciones o personas de derecho público) que busca alcanzar metas previamente determinadas por finalidades, objetivos y principios de naturaleza pública”⁶.

En cuanto a la formulación de políticas públicas, se ha dicho que hay que distinguir dos tipos de políticas públicas: a) las de orden superior, que responden a los órganos de mayor jerarquía en una Nación (v. gr., Órgano presidencial); y b) las de provisión de servicios⁷. Pareciera, a priori, que es más sencillo lograr la participación ciudadana en este segundo grupo de políticas públicas por cuanto se trata de temáticas más cotidianas para el ciudadano que en el primero (aunque no pretendemos excluir apriorísticamente al primer grupo de la participación ciudadana).

Por otro lado, respecto de la participación ciudadana, Julio Comadira sostiene, en un concepto amplio, no técnico-jurídico, que la misma consiste en “tomar parte en el ejercicio de la función administrativa”; y que, técnicamente, la participación ciudadana se vincula a los nuevos modos y medios de conexión entre el particular y la Administración¹⁰, considerando al administrado como colaborador de la Administración¹¹.

Tan importante es esta institución que la Dra. Ivanega la postula como principio general del procedimiento administrativo, exigible en el ejercicio de la función

B. Las políticas públicas.

La vinculación de este tema con nuestra disciplina está dada por el hecho de que el derecho administrativo es el instrumento jurídico necesario para, por un lado, proceder al desglose o detalle de las políticas públicas con alcance complementario del texto constitucional y legal, y por el otro, comprende la ejecución de dichas políticas públicas⁸. Reiteramos que en este pequeño análisis abordaremos la parte del diseño o confección de políticas públicas mediante la participación ciudadana.

Al decir de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, en la formulación de las nuevas políticas públicas es importante poner como centro del trabajo público la preocupación de los ciudadanos reales: sus aspiraciones, expectativas, problemas, dificultades e ilusiones. Y para ello, la determinación de los objetivos de dichas políticas públicas no puede hacerse sino desde la participación ciudadana⁹.

C. La participación ciudadana.

administrativa¹². Al tiempo que se ha convertido en paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas, identificando este término con “un modelo de gobierno que en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado”¹³.

A nivel nacional, a falta de una ley general sobre el tema, la autora sustenta la participación ciudadana en un amplio plexo normativo: en la Constitución Nacional, en forma implícita, en los Artículos 1º, 14 y 33; de manera explícita,

⁶Gesta Leal, Rogério, “Control judicial de políticas públicas en Brasil: posibilidades materiales”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo* n° 10, Buenos Aires, p. 13.

⁷Prats i Catalá, Joan, *De la burocracia al Management y del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP, 2005, p. 40 y sigs.

¹⁰Comadira, Julio Rodolfo, “Procedimiento Administrativo y Participación ciudadana”, recuperado de internet en fecha 12-5-2012, en el sitio: <http://www.mejordemocracia.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=38>

¹¹CSJN, “Durussel de Fernández c/ Provincia de Santa Fe”.

⁸Balbín, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 183.

⁹Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, p. 39 y sigs. Balbín, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 183.

¹²Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010, p. 84.

¹³Ivanega, Miriam M., “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, Contratos Administrativos II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 81 y sigs.

en los Artículos 38, 41, 42¹⁴, 43 y 75 inc. 22.

Así, los tratados internacionales con jerarquía constitucional que prevén el derecho de acceso a la información y la participación ciudadana, como ser, Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶.

Por otro lado, se podría plantear el interrogante de si estas técnicas no contradicen la manda constitucional del Artículo 22 de la Constitución Nacional¹⁷.

La primera respuesta que se puede dar a dicho interrogante es que estamos ante una herramienta de democracia “semidirecta” (y no de democracia directa como prohíbe dicho Art. 22 CN). Al respecto, es válido recordar que la reforma constitucional de 1994 incorporó en el capítulo de nuevos derechos y garantías fórmulas de democracia semidirecta (v. gr., Arts. 39 CN y 40 CN, iniciativa popular y consulta popular).

En el nivel infraconstitucional nacional, encontramos resortes de participación ciudadana en distintas leyes federales particulares, v. gr.: en los marcos regulatorios del gas y electricidad (Leyes Nros. 24.065 y 24.076), Ley de Defensa del Consumidor (Nº 24.240), Ley de Ética en la Función Pública (Nº 25.188), Ley General del Ambiente (Nº 25.675), Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (Nº 25.831), Ley de Protección de Datos Personales (Nº 25.326)¹⁸. Así como

¹⁴ “[...] La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. De tal modo, se prevé la participación ciudadana a través de las asociaciones de usuarios y consumidores en los “organismos de control” de servicios públicos, los cuales fueron creados luego como “entes reguladores” por el legislador nacional. Respecto de este Art. 42 CN, Ismael Mata ha dicho que el mismo es determinante de un nuevo paradigma de la Administración, y que por tanto, no se aplica exclusivamente a los servicios públicos, sino que tiene un efecto expansivo a toda la Administración. Exposición de Mata, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en AA VV, *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 18, 19 y 20 de mayo de 2011.

¹⁵ “Pacto de San José de Costa Rica”, Artículo 23. Derechos Políticos: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de *participar en la dirección de los asuntos públicos*, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. El destacado me pertenece.

¹⁶ Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit.

¹⁷ “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

¹⁸ Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit.

distintas regulaciones provinciales y municipales.

En el plano histórico, la participación ciudadana, en distintos grados, con varios matices, y hasta con otros nombres, ha existido siempre¹⁹. Habiéndose dado inicio al protoconstitucionalismo a través de la participación de los barones con la Carta Magna de 1215²⁰.

Y respecto de la participación ciudadana en la formulación de políticas públicas se ha manifestado que “constituye, [...] una intervención ordenada de personas y organizaciones que acuerdan afrontar los obstáculos que pudieran existir y deciden cooperar con las acciones que lleva a cabo un gobierno”²¹.

Asimismo se han identificado ciertas barreras a esta participación ciudadana en la formulación de políticas públicas; valedores que impiden o condicionan el ejercicio de los derechos humanos y el disfrute de una ciudadanía plena²²: a) barreras subjetivas, constituidas por la falta de conocimiento y por la falta de autoafirmación por parte de los grupos vulnerados; b) barreras formales, cuando faltan o no se cumplen las normas y/o resoluciones que permiten que todos puedan acceder a los mismos derechos; c) barreras políticas, cuando existe la norma pero faltan los recursos –financieros y/o humanos– necesarios para que sea implementada como política pública; y d) barreras jurídicas, cuando aún existiendo la norma y los recursos, sin embargo, en los casos de incumplimiento, no existen o son deficientes los

¹⁹ Sobre las manifestaciones históricas, ver Carnota, Walter F. y Maraniello, Patricio A., “Participación ciudadana”, *El Derecho*, Colección Académica, Buenos Aires, 2006.

²⁰ Claro está que el concepto de ciudadano se ha ido ampliando a través de la historia, ya que antiguamente solo algunos eran ciudadanos, y las masas populares quedaban afuera.

²¹ *Programa Auditoría Ciudadana, Calidad de Prácticas Democráticas en Municipios*, Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia, Jefatura de Gabinete de Ministros, República Argentina, “Informe sobre la calidad de prácticas democráticas en Rosario, provincia de Santa Fe, República Argentina”, p. 130.

²² Plan Nacional contra la Discriminación, pp. 167-168, Decreto PEN Nº 1.086/2005. *Boletín Oficial*, 27-9-2005. Se trata de un caso interesante de soft law.

mecanismos de acceso a la justicia que permiten la exigibilidad de los derechos.

Así, esta noción ha sido vinculada además por el Dr. Lisa con el principio de interdicción de la arbitrariedad, la prohibición de lo antisistémico, ya que ello implica lo contrario a lo razonable, lo plausible; y para determinar lo razonable, debemos acudir a la participación ciudadana. Siendo todo ello un límite a la discrecionalidad²³.

Por otro lado, la participación ciudadana constituye un trípode junto con el acceso a la información pública y el control. Ello por cuanto, en primer lugar, será imposible participar o intervenir en la “res pública” sin información precisa, veraz, adecuada y cierta. Y en segundo lugar, porque el hecho de traer los asuntos públicos a la luz, aleja el peligro de la opacidad, de la oscuridad, de la falta de transparencia, y genera una sociedad más democrática, más justa y menos corrupta. Al respecto, recordemos que se ha postulado un derecho humano a la no corrupción²⁴.

De tal modo, se ha vinculado la participación ciudadana con la ética pública. Así, un ciudadano informado puede participar en la cosa pública, ejerciendo un tipo de control ciudadano, lo que lo redonda a una mejora sustancial de la ética pública²⁵.

Y hablando precisamente de derechos humanos, no podemos dejar de recordar que en el marco de la Unión Europea, se ha postulado un nuevo derecho humano, “el derecho fundamental a la buena administración”.

Tal derecho ha sido consagrado en el ordenamiento comunitario europeo en el Artículo 41 de la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” del 7 de diciembre de 2000, con un contenido jurídico-técnico determinado²⁶.

Dicho derecho ha sido reconocido a su vez expresamente en las Constituciones de Italia²⁷ y Portugal²⁸, y según algunos se encuentra implícito en la Constitución Española de

²⁵ Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Eficacia, eficiencia y ética”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 46.

²⁶ Así el Art. 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos establece:
 “1- Toda persona tiene derecho a que las Instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
 2- Este derecho incluye en particular:
 - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
 - la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
 3- Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembro.
 4- Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una constelación en esa misma lengua”.
 El Art. 42 establece el derecho de los particulares al acceso a los documentos.
 Y el Art. 43 establece la posibilidad de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo en los supuestos de “mala administración”. Cfr. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “De los derechos humanos al derecho a una buena Administración”, en AA VV (Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez, coordinadores) *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 46.

²⁷ Así el Art. 97 de la Constitución Italiana establece que los órganos administrativos deben organizarse según las normas de la ley, de manera que se garantiza el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración.

²⁸ Art. 202 de la Constitución de Portugal como “dover de boa administracao”.

²³ Lisa, Federico, “Una revisión de los límites de la actividad discrecional de la Administración pública”, en AA VV *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 16, 17 y 18 de mayo de 2012.

²⁴ Carello, Luis, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el ‘derecho a la no corrupción’”, en AA VV *Defensoría del Pueblo, 50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y sigs., citado por Gordillo, Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en AA VV *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 99.

1978²⁹. Al tiempo que en el nivel autonómico español, lo encontramos en los estatutos de Cataluña³⁰, la Comunidad Valenciana, Andalucía y Castilla y León³¹. Sobre el particular el Dr. Rodríguez-Arana Muñoz ha dicho, además, que “la buena administración y el buen gobierno aspiran a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales”³². De tal modo, que “el gobierno no es un fin en sí mismo, sino una institución al servicio de los ciudadanos, que debe acreditar su compromiso para que todos los ciudadanos puedan ejercer en mejores condiciones todos y cada uno de los derechos fundamentales”³³. De todos modos, ha habido manifestaciones en la doctrina europea en contra de la existencia de este derecho, expresando que la buena administración, en un plano teórico, no es un derecho, sino que es el objetivo mismo del Estado³⁴.

Particularmente, consideramos que el contenido técnico jurídico de la buena administración no es extraño a los argentinos, por cuanto contamos con todos los derechos que el mismo consagra, con distintos niveles de jerarquía normativa.

Así, encontramos en el derecho argentino constitucional y legal: el debido proceso adjetivo³⁵ y debido proceso sus-

tantivo o razonabilidad³⁶ (garantía innominada de la Constitución Nacional y elaboración doctrinaria-jurisprudencial a partir de los Arts. 14, 28 y 33 de la Constitución Nacional argentina); el debido procedimiento previo al dictado del acto administrativo³⁷; derecho de defensa (Art. 18 de la Constitución Nacional argentina); celeridad y economía (Ley de Procedimiento Administrativo Nacional N° 19.549, Art. 1°, inc. b); derecho de petionar ante las autoridades (Art. 14 de la Constitución Nacional); responsabilidad del Estado³⁸.

Y a su vez, creo que en nuestro nivel de desarrollo jurídico y político institucional, es difícil postularse por la existencia real de un “derecho humano a la buena administración” en nuestro sistema actual, y que dicho derecho tenga efectiva tutela judicial y administrativa. Sí postulo, en cambio, la existencia de la “buena administración” como un principio jurídico “duro” (y no ya simplemente como principio de Ciencias de la Administración). Aparece sí la buena administración como manifestación de un principio de Ciencias de la Administración en el Artículo 2° de la Ley santafesina N° 7.893 de conflictos interadministrativos del año 1976³⁹.

³⁶Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, FDA, 10ª edición, pp. VI-31 y sigs. De modo similar, considera a la razonabilidad como elemento que hace a la juridicidad del acto (entre otros principios o elementos como la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad). Ivanega, Miriam M., “Los principios constitucionales en el acto administrativo”, en AA VV *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, “Las bases constitucionales del derecho administrativo”, Buenos Aires, Ediciones Rap, año XXVI, n° 309, p. 155 y sigs.

³⁷Referido en la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional N° 19.549 en el Art. 7° inc. d), el cual establece como requisito esencial del acto administrativo, el cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que surjan implícitos del ordenamiento jurídico, considerando esencial al dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto puede afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. El Dr. Comadira considera que el “debido procedimiento previo al dictado del acto administrativo” es el género y el “debido proceso adjetivo” es una manifestación especial de él. Comadira, Julio Rodolfo, “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo”, *op. cit.* De igual modo, Canosa, Armando, “El procedimiento administrativo como elemento del acto administrativo” en AA VV *Acto Administrativo y Reglamento*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2002, p. 155.

³⁸Principio rector del ordenamiento que se extrae del valor “Estado de Derecho” (cfr. Coviello, Pedro J. J., “Los principios y valores como fuentes del derecho administrativo”, en AA VV, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 759), no reconocido expresamente a nivel constitucional federal, pero presente en varias Constituciones provinciales (ver *Constitución de la Provincia de Santa Fe*, Arts. 9° y 18). Al respecto, recordemos la postura del Rafael Bielsa, quien consideraba que la responsabilidad del Estado no podía ser reconocida a menos que surja expresamente de una ley, postura que la doctrina y jurisprudencia no ha seguido.

³⁹La cual establece: “El Poder Ejecutivo puede modificar los importes fijados en el artículo anterior por razones de buena administración” (se refiere a los montos para distinguir la competencia para entender en reclamos económicos entre el Poder Ejecutivo provincial y el Fiscal de Estado).

²⁹De tal modo, se ha considerado implícito en los Arts. 9.3, 31.2 y 103 de la misma. Cfr. Sindicatura de Greuges de Barcelona, “El derecho a una buena administración”, pp. 8/10, recuperado en abril de 2011 de la página web www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf.

³⁰Artículo 30 sobre “Derecho de acceso a los servicios públicos y a una buena administración”. Cfr. Sindicatura de Greuges de Barcelona, “El derecho a una buena administración”, p. 10, recuperado en abril de 2011 de la página web www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf.

³¹Cfr. López-Medel, Jesús, “Derechos humanos frente a la corrupción”, *El País*, domingo 23 de agosto de 2009, p. 19.

³²Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, *op. cit.*, p. 34.

³³Idem, p. 130

³⁴Pergoraro, Lucio, “¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra 'derecho')”, en AA VV *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 40.

³⁵Presente en el Art. 1°, inc. f) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 y que es manifestación en el procedimiento o reglamentación en el procedimiento administrativo de la garantía de defensa en juicio del Art. 18 de la Constitución Nacional. Y que consisten esencialmente en el derecho de ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y el derecho a una resolución fundada. Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo”, en AA VV *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 94.

Así en cuanto principio jurídico, se presenta la buena administración como un “mandato de optimización”, al decir de Robert Alexy⁴⁰, o como “derecho concentrado”⁴¹, “brindan la posibilidad de obtener desde ellos las respuestas jurídicas que se necesitan para los casos en cuestión”⁴². De tal modo, este principio mandará a la Administración a actuar de la mejor manera posible.

Finalmente, considero que la “buena administración” constituye una relectura de elementos ya existentes en el derecho argentino. Ahora bien, si se habla tanto de una “buena administración” es debido a que tanto los ciudadanos como los operados jurídicos perciben una “mala administración”.

Todo esto nos vincula, a su vez, con la idea de la “gobernanza”. Para Barnes Vázquez dicho término se ve anclado en una *cooperación* (público-privada e inter-administrativa) que se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas como a su desarrollo y aplicación. Teniendo por objeto en la Unión Europea los nuevos modos de gobernanza: la creación de formas más efectivas de participación, la coordinación de múltiples niveles de gobierno, la salvaguarda de la diversidad y la descentralización, el debate público permanente, una mayor flexibilidad y supervisión de los procesos decisivos, la experimentación y la generación de conocimiento⁴³.

Por otro lado, la participación ciudadana en la generación de políticas públicas nos acerca a varios conceptos de la ciencia política y de las ciencias de la Administración que han sido transpuestos al derecho administrativo; como ser la noción de “responsives” y el “accountability”, tanto vertical como horizontal.

Los gobiernos son “responsives” si adoptan las políticas señaladas como preferidas por los ciudadanos⁴⁴. De tal

modo el procedimiento administrativo participativo servirá para que los ciudadanos, los cuerpos intermedios y el mercado manifiesten las políticas públicas que consideran preferentes.

Por su parte, el término “accountability” habrá que desglosarlo en dos: “accountability horizontal”, refiere a la “existencia de agencias estatales que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas (*empowered*) para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta las sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitas”⁴⁵.

Al tiempo que la “accountability vertical” se suele mencionar que se logra con la participación ciudadana en elecciones libres⁴⁶ (el “juicio de las urnas”). Sin embargo, se ha ensayado un concepto más específico y más abarcativo de la “accountability societal vertical” como: “[...] un mecanismo no electoral, pero vertical, de control de autoridades políticas que descansa en acciones de un múltiple conjunto de asociaciones de ciudadanos y de movimientos y sobre los medios, acción que tiene como objetivo el exponer los errores gubernamentales, trayendo nuevas cuestiones a la agenda pública, o de activar el funcionamiento de agencias horizontales. Emplea herramientas institucionales y no institucionales”⁴⁷.

Vemos que el procedimiento administrativo puede servir para generar un gestión pública “responsives” (vale decir, que reaccione a tiempo a las demandas ciudadanas) en el proceso de toma de decisiones públicas; así como una gestión “accountable” (en la vertiente vertical).

Mucho se ha escrito acerca de la “importación” de estos conceptos desde el idioma inglés. Hay quienes se interrogan respecto al hecho de que la palabra

⁴⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores,

⁴¹ Vigo, Rodolfo, “Principios generales del derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”, *La Ley*, diario del 8 de febrero de 2011, p. 1 y sigs.

⁴² Idem.

⁴³ Barnes Vázquez, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en AA VV (Director J. Barnes), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press – Editorial de Derecho Global, 2008, p. 48.

⁴⁴ Grau, Nuria Cunill, “Responsabilización por el Control Social”, en AA VV *La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana*, Consejo Científico del CLAD (coordinador), CLAD, BID, EUDEBA, Buenos Aires, 2000, pp. 269-327.

⁴⁵ O’Donnell, Guillermo, “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, *POSTData, Revista de Reflexión y Análisis Político*, N° 7, Buenos Aires, mayo de 2011, pp. 11-34. Nótese que el autor emplea el término “agencia” no en un sentido técnico-legal (como las agencias del derecho administrativo norteamericano, por oposición a las entidades autárquicas del derecho administrativo continental europeo), sino más como un concepto amplio de cuño político.

⁴⁶ Oszlak, Oscar, “¿Responsabilización o responsabilidad?: el sujeto y el objeto de un estado responsable”, en *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31, oct. 2003, p. 14.

⁴⁷ Smulovitz, Catalina y Peruzzotti, Enrique, citado por O’Donnell, Guillermo, “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, *POSTData, Revista de Reflexión y Análisis Político*, N° 7, Buenos Aires, mayo de 2011, pp. 11-34.

“accountability” no tenga una traducción exacta al español, ¿significa que en América Latina no tenemos gobiernos “accountables”?⁴⁸ De todos modos, se ha

ensayado como traducción de dicho término el concepto de “responsabilización”, aunque no signifique exactamente lo mismo, por lo que el uso del anglicismo parece haberse impuesto.

D. Finalmente, ¿qué es el procedimiento administrativo?

Tradicionalmente, se lo ha definido teleológicamente como iter procedimental en pos de lograr un acto administrativo. Así se ha dicho que “es la vía, el camino que ha de seguir la Administración para llegar a un fin: el acto administrativo”⁴⁹.

Un concepto más amplio, por tanto, es el que nos brinda Julio Comadira: “[...] es la serie, secuencia o sucesión de actos a través de los cuales se expresa, ordenada y sistemáticamente, la voluntad administrativa”⁵⁰.

El procedimiento tiene múltiples funciones, por cuanto: a) sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más sobresalientes del derecho público (por cuanto expresa –quiera de modo implícito– la entera filosofía del sistema: la organización interna y el modo de gestión de los asuntos administrativos); b) simboliza la posición del ciudadano ante la Administración; y c) refleja las relaciones que guardan los poderes públicos entre sí⁵¹.

Dicho procedimiento se corporiza en un expediente administrativo. En general se considera al expediente como la materialización del mismo, el procedimiento hecho papel⁵².

Más concretamente, se entiende al expediente de dos modos: a) como la materialización del procedimiento administrativo o b) el producto documental del mismo.

Los expedientes han sido clasificados, utilizando un concepto más amplio, en: personales, procedimentales (resolutivos) e informativos.

Los primeros son aquellos que tienen por objeto recopilar documentos que tienen que ver con un aspecto de la vida de una persona (v. gr., su condición de funcionario público, o trabajador, su salud, etc.). Los expedientes resolutivos tienen por objeto un caso o asunto (con o sin connotaciones personales), pudiendo dar lugar a una resolución administrativa como documento final. Éstos

⁴⁸ En un modo análogo, Julián Marías, en su *Breve tratado de ilusión*, manifiesta que en otros idiomas no tienen el significado “positivo” del término ilusión (“Esperanza cuyo cumplimiento parece especialmente atractivo”, según el segundo significado del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, www.rae.es), sino que se encuentra su acepción “negativa” (como engaño, “Concepto, imagen o representación sin verdadera realidad, sugeridos por la imaginación o causados por engaño de los sentidos”, según el primer significado del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, www.rae.es). De tal modo, el autor se pregunta: “[...] si los pueblos que no poseen la palabra ‘ilusión’ más que en su acepción negativa son capaces de *ilusión* en la misma medida que los que hablan español, desde hace siglo y medio”. Marías, Julián, *Breve tratado de la ilusión*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 30. Ello nos hace acordar a la idea de Martin Heidegger de que “la palabra descubre el ser”. En igual sentido el primer autor menciona que “la realidad es siempre interpretada. Y la primera interpretación consiste en nombrarla [...] La misma realidad es designada con expresiones diferentes según los diversos registros del lenguaje”. (Marías, *op. cit.*, p. 29). De todos modos, huelga aclarar que no creemos en el poder demiúrgico de las palabras, y que la concepción de Marías se adscribe a la corriente del nominalismo (por contraposición al realismo clásico de raíz aristotélica-tomista).

⁴⁹ Hutchinson, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1994, 2ª edición, p. 32.

⁵⁰ Comadira, Julio R., “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, en AA VV *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho administrativo*, “Las bases constitucionales del derecho administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 309:229.

⁵¹ Barnes Vázquez, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*

⁵² Rivero Ortega, Ricardo, *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, p. 91

responden a la noción “tradicional” del procedimiento administrativo. Y finalmente, los expedientes informativos son aquellos donde el objeto es que la Administración recopile y ordene documentos sin el fin concreto o necesario de tomar una decisión al terminar un procedimiento⁵³. Este tipo de expediente responde a una noción más moderna del procedimiento administrativo. Entonces, vemos que la noción tradicional del procedimiento no llega a representar todas las realidades concretas del mismo. Ello por cuanto la Administración se enfrenta hoy en día a nuevas realidades que requieren

de un procedimiento nuevo, en el marco de la sociedad del conocimiento y la información.

La cuestión será cómo lograr estos objetivos desde la tradicional teoría del procedimiento administrativo, y –eventualmente– qué elementos habrá que reformar del mismo para lograrlo. Tema éste que ha sido escasamente tratado en el derecho argentino⁵⁴, aunque sí ha sido objeto de estudio en el derecho continental europeo.

El presente artículo no intenta agotar el tema, sino más bien, la intención es llamar la atención sobre este asunto, para comenzar un debate sobre la reforma del procedimiento administrativo.

E. Procedimientos en particular que contribuyen a la formulación de políticas públicas participativas.

Es dable mencionar, asimismo, el Decreto N° 229/2000 que creó el Programa Carta-Compromiso con el Ciudadano, que extiende los derechos de los usuarios de los servicios públicos del Artículo 42 CN al ciudadano, al tiempo que determina modos de participación y de control ciudadanos⁵⁹.

A su vez, la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales N° 25.831 regula el acceso a la información pública ambiental.

También la Ley General del Ambiente N° 25.675, en cuanto regula los rasgos principales del procedimiento de impacto ambiental, marca ciertos trazos de estos nuevos tipos de procedimientos administrativos. Considero que

A nivel federal.

Aparecen manifestaciones de los llamados procedimientos administrativos de segunda y tercera generación, a nivel de la regulación federal, principalmente en el Decreto N° 1.172/2003, que establece el reglamento para las audiencias públicas⁵⁵ (anexo I), la publicidad de gestión de intereses ante el PEN (anexo III)⁵⁶, la elaboración participativa de normas (anexo V)⁵⁷, el acceso a la información pública (anexo VII) y en el Decreto N° 1.023/2001 de régimen de contrataciones nacional, que prevé la participación ciudadana en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones (Art. 8°)⁵⁸. También en los marcos regulatorios del gas y la electricidad federal, que regulan las audiencias públicas.

⁵³ Idem.

⁵⁵ Ver Sacristán, Estela B., “El reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 229 y sigs., donde la autora nos recuerda la polémica entre Gordillo y Cassagne en torno al rango constitucional o legal del requisito de la audiencia pública, postulándose la autora –en el marco de nuestro derecho positivo– por la segunda solución.

⁵⁶ Se trata de la regulación de la práctica conocida como “lobbying”. Ver Albertsen, Jorge, “El reglamento para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 725.

⁵⁷ Ver Pérez Hualde, Alejandro, “Elaboración participativa de normas: mecanismos de control”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 577.

⁵⁸ Al respecto ver Ivanega, Miriam M., “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, Contratos Administrativos II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 81 y sigs.

⁵⁴ Con las excepciones de Cassagne, Juan Carlos, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”, *La Ley* 16-5-2011, y Corvalán, Juan y Buteler, Alfonso, “Los principios del procedimiento administrativo ‘informativo’”, *El Derecho*, diario del 18-12-2008.

⁵⁹ Mata, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 335.

este procedimiento de impacto ambiental, si bien tiene rasgos nuevos, termina –al igual que el procedimiento tradicional– con una decisión o acto administrativo⁶⁰.

De todos modos, es claro que el procedimiento –que podría incluir la celebración de audiencias públicas– tiene características que lo alejan del procedimiento tradicional. Por lo pronto, el mismo comienza con un “estudio de impacto ambiental” que presenta el interesado, en lo que constituye una suerte de privatización⁶¹ de funciones –o al menos de parte– del procedimiento. Al mismo tiempo que la Administración se hace de infor-

mación del mercado y de los particulares, y busca consenso para la decisión final (v. gr., dar o no la habilitación ambiental a una determinada industria).

Así, los particulares, participando en la elaboración de normas, en las audiencias públicas, buscando tener acceso a la información pública, intervienen y se involucran –individual u organizadamente, a través de fundaciones u ONGs– en el diseño de políticas públicas. Concretamente, los particulares pueden incidir en la decisión de cómo se redactan los pliegos para construir (o no) esta o aquella obra de infraestructura, en la elaboración de normas, etc.

A nivel municipal.

En el plano del derecho municipal argentino, nos encontramos nuevamente con las audiencias públicas, los procedimientos para la celebración de convenios urbanísticos⁶², el diseño del master plan de una ciudad, en la confección de presupuestos participativos.

Respecto de este último, y teniendo en cuenta que el presupuesto “es un instrumento de programación económica y social, es instrumento de gobierno y administración”⁶³, mediante el presupuesto participativo (PP), se

busca involucrar al ciudadano en la definición de obras, prioridades e inversiones que la ciudad o el barrio requiere, para que éste deje de ser un sujeto pasivo o mero destinatario de las decisiones y pase a convertirse en un sector activo y crítico⁶⁴. Se trata de una importante técnica de participación ciudadana, que comenzó a implementarse en Porto Alegre (Brasil) a finales de la década de 1980⁶⁵ y que se ha extendido por distintas ciudades argentinas en la actualidad.

⁶⁰ Zilli de Miranda, Marta, “El procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 490.

⁶¹ Al respecto, Javier Barnes nos dice que la “privatización” evoca el movimiento de transferencia de una actividad del sector público al privado, o sea la participación privada en ámbitos antes dominados por la Administración, y que no hay que identificar la misma con el abandono o retirada del Estado, sino que “privatización” significa “interacción, entrelazamiento y engranaje de responsabilidades entre la Administración y el sector privado”. Barnes Vázquez, Javier, “El procedimiento administrativo en transformación”, en AA VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnes (editor), Sevilla, Global Law Press, 2008, pp. 42/3. Ricardo Rivero, por su parte, manifiesta –desde otra perspectiva– que el término privatización es polisémico, pudiendo distinguir tres tipos: a) la privatización formal, donde la Administración utiliza formas del derecho privado, con el fin de evitar los controles y procedimientos jurídico-públicos; b) la privatización material, cuando se transfiere la gestión de los servicios públicos a empresas privadas; y c) por último, la privatización patrimonial, que consiste en la venta de participaciones públicas en empresas al sector privado. Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 5ª edición, p. 35.

⁶² Al respecto, se han caracterizado los convenios urbanísticos como “acuerdos de voluntades entre un sujeto que ejercita funciones públicas urbanísticas y un particular”. Cfr. Sendín García, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de los convenios urbanísticos*, Granada, Comares, 2008, p. 13. Y sobre el particular hemos manifestado nuestra preocupación por la necesidad de transparentar el procedimiento administrativo previo a la celebración de un convenio urbanístico. Cfr. Moscariello, Agustín, “Convenios urbanísticos. Lineamientos generales y su aplicación al caso de la ciudadanía de Rosario”, *La Ley Litoral* 2010, p. 933.

⁶³ Rodríguez, María José, “Los entes cooperadores como mecanismos auxiliares de la gestión administrativa”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 470.

⁶⁴ Ivanega, Miriam M., *Principios de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 281.

⁶⁵ Scheibler, Guillermo M., “Presupuesto participativo: una redefinición de la relación administración - sociedad civil”, *La Ley* 2004-C, p. 1058.

Así, el vecino votando el presupuesto participativo se involucra claramente en la confección de las políticas públicas de su ciudad.

También la participación ciudadana a nivel municipal se puede concretar mediante: acciones de voluntariado, registración del vecino como socio de una ONG, involucrándose en los centros vecinales (muchas veces encargados de llevar adelante obras o servicios públicos), mediante la creación por parte de los departamentos

ejecutivos de un Registro de entidades intermedias⁶⁶, o la participación en mesas redondas, que involucren al Estado, los vecinos y el mercado.

Dado que los municipios están más cerca del ciudadano y de sus problemas cotidianos, consideramos que son el ámbito más propicio para este tipo de procedimiento con participación ciudadana a los fines de que el vecino se involucre en el diseño de las políticas públicas que —en definitiva— van a afectar su vida y la de su comunidad.



Uno de los interrogantes más importantes, y si se quiere el tema más espinoso, es identificar qué resortes jurídicos emplear para lograr la participación pública en la generación de políticas públicas. Máxime, por cuanto como se dijo más arriba la normativa de la LPA N° 19.549 no cuenta —en general— con instrumentos jurídicos para garantizar dicha participación.

Deberemos acudir a las normas federales arriba referidas, principalmente al Decreto N° 1.172/2003.

Reiteramos la necesidad de una sistematización de estos tipos nuevos de procedimiento, por más que la doctrina los ha tratado profusamente en modo aislado o particular —en especial a las audiencias públicas, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y el acceso a la información pública.

Surgen entonces algunos interrogantes: ¿qué características tendrán estos procedimientos?, ¿quiénes estarán legitimados para intervenir?, ¿hasta dónde podrá o deberá llegar la revisión judicial de los mismos?

También deberemos adecuar el procedimiento administrativo al *leading case* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi”⁶⁷, ya que pareciera ser un contrasentido que el proceso administrativo brinde una legitimación activa que el procedimiento no ha receptado aún (ya que el procedimiento tradicional solo otorga

F. Algunas cuestiones por tener en cuenta.

legitimación a quien detenta un derecho subjetivo o interés legítimo, más allá de que el procedimiento del Decreto N° 1.172/2003 acepta para algunos supuestos el interés simple). En un modo similar, Patricio Sammartino ha postulado la necesidad de sistematizar nuevos tipos de procedimientos administrativos, a saber: los urgentes, constitucionales y colectivos⁶⁸.

Asimismo debemos estar atentos a nuevas formas de procedimiento administrativo para la formulación del llamado *soft law* o “derecho blando”, que se compone de proposiciones prescriptivas que tienen la estructura de normas, pero que al mismo tiempo carecen de una fuerza obligatoria *strictu sensu*⁶⁹. Así, configura un segmento del ordenamiento jurídico con la finalidad de crear normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no en forma taxativa, siendo un mandato de optimización que si no se cumple no entraña una respuesta jurídica concreta⁷⁰, al tiempo que puede convertirse en pauta de interpretación de una conducta ante la justicia. Dicho *soft law* tiene un fuerte componente de participación ciudadana, en especial en el llamado *soft law paccionado*.

Finalmente, tendremos que ver la manera de cómo extender los principios del procedimiento administrativo a los “procedimientos privados”, vale decir, aquellos

⁶⁶ Altamira Gigena, Julio I., “Acceso a la información y a la participación ciudadana en los municipios”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 290.

⁶⁸ Sammartino, Patricio, “El acto administrativo en el Estado constitucional de Derecho contemporáneo”, en AA VV, *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 16, 17 y 18 de mayo de 2012

⁶⁹ Sarmiento, Daniel, *El soft law administrativo*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, p. 96.

⁷⁰ Sarmiento, Daniel, *El soft law*, op. cit., pp. 105/6.

⁶⁷ La Ley 2009-B, p. 157, también en *Fallos*: 332:111.

llevados a cabo por sujetos privados que ejercen actividades de interés general⁷¹. Ejemplo de ello es el extinto sistema de control del comercio de granos ejercido du-

rante años por la Bolsa de Cereales de nuestro país⁷². Aquí la participación se da mediante la “privatización” de ciertas funciones estatales.



No es la intención de este trabajo intentar brindar una definición que englobe los nuevos procedimientos administrativos, sino que más modestamente su objetivo es intentar atraer la atención acerca de su existencia y la necesidad de su sistematización, dando, mientras tanto, algunas pautas o ideas para ello.

Así vemos que el procedimiento administrativo, la participación ciudadana y las políticas públicas se vinculan entre sí de distintos modos:

a) El procedimiento administrativo es un “medio o instrumento” que tiene la Administración para hacerse de información⁷³ a los fines de la confección de la política pública. Aquí la Administración genera un expediente administrativo cuya finalidad no es el dictado de un acto administrativo, sino que busca hacerse de información y conocimiento para luego tomar una decisión política. El procedimiento se transforma en “un sistema de comunicación”⁷⁴, donde la “información se ha convertido en objeto del derecho”⁷⁵.

b) Asimismo, el procedimiento administrativo puede ser el instrumento mediante el cual se concrete la participación ciudadana en el diseño de políticas públicas. Donde el vecino participe activamente –sea de modo individual u organizado– en la formulación de las mentadas políticas.

⁷¹Barnes, Javier, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en AA VV, *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Javier Barnés (editor), Sevilla, Global Law Press, 2006, p. 313.

⁷³Los autores han distinguido –desde la ciencia política– las nociones de: datos, información y conocimiento. Por *datos* se ha entendido hechos más o menos inconexos; al tiempo que *información* refiere a datos que han sido ordenados por categorías y planes de clasificación u otras pautas; finalmente, *conocimiento* significa información que ha sido depurada, dándole forma de afirmaciones más generales. Cfr. Toffler, Alvin, *El cambio del poder*, Barcelona, Plaza&Janes, 1990, p. 42.

⁷⁴Barnes, Javier, “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional”, en AA VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnes (editor), Sevilla, Global Law Press, 2008, p. 256.

⁷⁵García Machado, Ricardo, “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”, en AA VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnes (editor), Sevilla, Global Law Press, 2008, p. 192. Autor que considera que la información, una vez hecha comprensible, clasificada y útil, se convierte en “conocimiento disponible”.

G. Conclusiones.

c) Finalmente, también la participación ciudadana puede darse también en el control de la ejecución de políticas públicas diseñadas conforme al modelo “tradicional” o unidireccional de las mismas. Pero ello quedará para futuros estudios.

Esencial para poder hacer realidad estos postulados será la implementación de nuevas tecnologías en la Administración pública, como vehículo para la comunicación entre ella y los ciudadanos.

Así, vemos que la Administración se va a vincular con particulares no “desde un atalaya”, como autoridad, sino que se relaciona “asociativamente” con los particulares, en una suerte de Administración concertada o asociación público-privada (ello, no técnicamente), para tener o hacerse de la mayor cantidad y calidad posible de información para tomar la mejor decisión; lo que se relaciona con el llamado “derecho” a una buena administración.

Con este tipo de técnicas, que suponen un acto de modestia por parte del Estado⁷⁶, se busca legitimidad en el ejercicio del poder, al tiempo que se intenta lograr el mayor consenso posible en el diseño de políticas públicas.

Será fundamental regular y balancear intereses para no caer en la “dictadura de la mayoría” (vale decir, ¿cómo evitar que un grupo se arroge la representación de la mayoría, haciendo pasar sus intereses particulares como los generales de la comunidad?), al mismo tiempo que debemos extremar los cuidados para ver a quiénes se les da participación en el procedimiento, sin dejar a posibles interesados fuera. *

⁷²Ver Moscariello, Agustín R., “Bolsas de cereales y función administrativa”, *El Derecho Serie Administrativa*, del 31 de octubre de 2008, p. 12.

⁷⁶Nieto, Alejandro, *El desgobierno de la pública*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 272



Responsable:
Dr. Eduardo Sbriz
Coordinador:
Dr. Juan Novillo

AUTOS: “MORENO, GUILLERMO S/RECURSO DE QUEJA (RECURSO EXTRAORDINARIO)”.
TRIBUNAL: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
LUGAR Y FECHA DE LA SENTENCIA: BUENOS AIRES, 8 DE MAYO DE 2012.
REFERENCIA: FALLO M-534- XLVI.

A raíz de la denuncia de un particular, el Juez de la causa, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 48 de la Ley N° 24.946, notifica a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, sin perjuicio de ello, en la causa, no se presentaba uno de los presupuestos que establece el Artículo 45, inc. c de la misma norma, para que la FIA asuma el ejercicio de la acción pública.

En el presente fallo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal declaró mal concedido el recurso de apelación deducido interpuesto por el fiscal federal contra lo resuelto por el Sr. Juez de Primera Instancia. En dicho precedente dispuso el sobreseimiento del Sr. Guillermo Moreno.

El Fiscal General –interino– dedujo recurso de casación, por considerar que el a quo había dictado el sobreseimiento de manera prematura y arbitraria.

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró admisible el recurso interpuesto. Allí la Cámara sostuvo que la Fiscalía de Investigaciones Administrativas no tenía legitimación para recurrir, ya que no concurrían los presupuestos para el ejercicio directo de la acción pública, que prevé el tercer párrafo del Artículo 45, inc. “c” de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Contra ese fallo, el Fiscal General articuló recurso extraordinario. En su presentación cuestionó la interpretación que el Tribunal de Casación realizó sobre las disposiciones contenidas en el referido artículo y tachó de arbitrario dicho pronunciamiento.

Refirió que la Cámara se arrogó facultades reglamentarias propias del Procurador General de la Nación, y restringió así la intervención de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA), y con ello, las reglas del debido proceso. Argumentando, por ende, que la cuestión debatida revestía gravedad institucional.

Llegados los autos a la Corte Suprema de Justicia de la

Nación –con amplia mayoría–, la misma declaró formalmente admisible el recurso en cuanto se pone en tela de juicio la inteligencia y aplicación de normas federales (Arts. 45 inc. c y 48 Ley N° 24.946), y lo resuelto por el Superior Tribunal de la Causa es contrario al derecho que el recurrente sustentó en ellas (Art. 14 inc. 3° de la Ley N° 48).

El más Alto Tribunal Constitucional declaró que el epicentro del planteo realizado por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas halla fundamento en desentrañar cuáles son los alcances del Artículo 45, inc. c de la mencionada normativa, en relación con la facultad de ese organismo de asumir, en cualquier estado de la causa, el ejercicio directo de la acción pública cuando los fiscales competentes tuvieren un criterio contrario a la prosecución de la acción.

La Corte en reiteradas oportunidades ha señalado que “la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan” (Fallos: 329:2876 y 330:4454, entre otros).

Esta regla impone “no solo armonizar sus preceptos, sino también conectarlos con las demás normas que integran el orden jurídico, de modo que concuerden con su objetivo” (Fallos: 329:2890 y 330:4936). Asimismo, se ha destacado que “de acuerdo a tal finalidad, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la



instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma” (*Fallos*: 308:2246 y 329:1473).

Ahora bien, la Corte considera que el Procurador General, en su dictamen, aplica los principios de interpretación sistemática y armónica, y establece una relación entre los Artículos 45 inc. c y 48 de la norma en cuestión.

En cuanto al último artículo establece que la FIA debe intervenir en todo proceso en el cual se discuta la responsabilidad penal de un funcionario público en el caso de la comisión de un ilícito en pleno ejercicio de sus funciones.

Respecto de tal principio, la Corte considera que tiene un defecto que incide en el caso en examen, ya que la normativa no define “cuál es la finalidad que tiene la obligación del juez de comunicar la sustanciación del proceso a la FIA”.

A fin de subsanar tal omisión, el Alto Tribunal considera que es conveniente recurrir a la derogada Ley N° 21.383 que establecía que “el juez de la causa deberá

poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía, a efectos de que esta en el término de diez (10) días de notificada considere lo determinado en el inciso d) *in fine* del artículo anterior”. A su vez, la regla a la que remitía el Artículo 4° (Art. 3°, inciso d) facultaba a la FIA para “asumir, en cualquier estado de la causa, cuando lo considere necesario, el ejercicio directo de una acción pública, o impartir a los señores Fiscales de las causas las instrucciones que a su juicio correspondan y requerirles los pertinentes informes”.

De esta manera, se establece cuál es el alcance de las normas que regulan la intervención de la FIA en los procesos penales seguidos contra los agentes públicos, con lo cual, en el sub examine, la comunicación que le fue exigida al Juez de la causa “hace extensiva la facultad de asunción directa del ejercicio de la acción por parte de la FIA a procesos que no tengan ese origen y de cuya sustanciación sus integrantes únicamente conozcan por esa vía”. El juez Zaffaroni, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja era inadmisibles (Art. 280 CPCCN).

AUTOS: “RECURSO DE HECHO. Q. C., S. Y. C/GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/AMPARO”.

TRIBUNAL: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

LUGAR Y FECHA DE LA SENTENCIA: BUENOS AIRES, 24 DE ABRIL DE 2012.

REFERENCIA: FALLO Q. 64. XLVI.

Un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Derecho constitucional a una vivienda digna y responsabilidad del Estado local, por omisión en el cumplimiento de los mandatos constitucionales impuestos.

El comentario que a continuación se desarrolla surge a raíz de la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre materia habitacional, en la causa “Quisberth Castro”. La resolución, que tiene fecha del 24 de abril de este año, se origina como consecuencia del recurso extraordinario planteado por la defensa de la Sra. Sonia Quisberth Castro, quien por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, J. H. Q. C. –quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva–, inició una acción de

amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitando que la demandada cesara en su conducta ilegítima, ya que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no solo en la Constitución local (CABA), sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su Artículo 75, inc. 22.

La Corte sostuvo en estos términos que, “si bien no hay un derecho a pedir una vivienda, existe una garantía mínima para las personas que afrontan situaciones de extrema vulnerabilidad”. Así las cosas, los magistrados ordenaron al Estado porteño a que este adopte definitivamente las medidas en materia habitacional que sean necesarias, con el objeto de poner fin definitivamente con el flagelo de las personas que se encuentran en situación de calle.

En este contexto, el fallo aparece como un pronunciamiento extremadamente relevante, debido a que en el mismo, la Corte desestima enfáticamente el criterio impuesto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dejando de lado la doctrina “Alba Quintana”.

En tal sentido es menester realizar una breve reseña de la situación fáctica que antecede a la decisión de la Corte, en cuanto a los hechos y argumentos que fueron ventilados en las 3 (tres) instancias locales anteriores. Sobre este respecto, cabe remarcar que la peticionaria solicitó una solución que les permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose su dignidad e integridad familiar. Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por la norma local (Decreto N° 960/2008) no garantizaban adecuadamente sus derechos. Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término solo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aún cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo. Ante tales circunstancias, la actora solicitó una medida cautelar, que fue concedida. Así las cosas la Jueza de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo. La Sala II de la cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido –por el Decreto N° 960/2008, modificatorio del Decreto N° 690/2006– podría resultar

insuficiente para garantizar el derecho afectado, por lo que en estos términos la demandada debía proveer un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”¹.

En este marco, y contrariamente a lo dictaminado en las dos instancias anteriores, la sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, quien interpretó las normas constitucionales y locales en juego y decidió reenviar la causa a la cámara para que dictara un nuevo fallo, de conformidad con los criterios fijados en su decisión. En este orden de ideas, y para así resolver, el a quo sostuvo que las cuestiones discutidas en el expediente guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas por ese Tribunal en la causa “Alba Quintana”, del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones remitió. Según este precedente: para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda resulta imprescindible interpretar, además de la Constitución local, la Constitución Nacional y, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este orden de ideas y según lo determina el mentado acuerdo internacional, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles; por lo que en base a esta línea argumental, los Estados parte deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos.

Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual.

A partir de los criterios señalados, los Estados parte sólo tienen el deber de garantizar el contenido mínimo del

¹Cfr. “Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *in re* “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 24 de abril de 2012.



derecho a la vivienda, que consiste en brindar “abrigo” a quienes carecen de un techo. Esta es la garantía que nace del Pacto y a ello se limita la obligación de los países signatarios.

En tales condiciones, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires habría (según el TSJ Local) cumplido con su deber en tanto proporciona a quienes se encuentran en “situación de calle” una red de albergues y paradores estatales.

Ahora bien, debe entenderse que los principios constitucionales expresados en la norma suprema local (Arts. 31, 39 y 42) hallan congruencia con los que esboza nuestra Constitución Nacional, en este sentido nos referimos particularmente a los derechos y las garantías que se hallan consagrados en el Artículo 14 bis de la misma, norma de trascendente relevancia jurídica en lo que hace al reconocimiento de los llamados derechos sociales. Así, el mentado artículo reconoce entre su vasta nómina de derechos el del *reconocimiento integral de la familia* como sujeto a proteger, ya sea que la petición de sus derechos se materialice a través de las acciones administrativas o judiciales de sus integrantes. Se entiende que las seguridades dispuestas en la norma en ciernes corresponden a la familia con matrimonio y a la familia sin matrimonio, borrando así aquella distinción jurídica por razones de humanidad e igualdad.

En este contexto, no debe olvidarse que a raíz de la reforma constitucional del año 1994, se incorporaron al Artículo 75, inc. 22, ciertos Tratados sobre Derechos Humanos (entre ellos el mentado *ut supra*), otorgándole jerarquía constitucional y disponiendo a su vez que estos deben entenderse complementarios de los derechos y las garantías de la propia Constitución. Así y dado que la Corte Suprema reconoció operatividad a los Tratados sobre Derechos Humanos a partir del precedente “Ekmekdjian c/ Sofovich” se plantea a los tribunales una tarea de armonización, compleja y extensa². En esta dirección, es menester recordar lo dicho con anterioridad por la CSJN, al declarar la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia mediante el cual se suprimían asignaciones familiares y que afectaba el derecho constitucional de protección integral de la familia y el Pacto Internacional de Derechos Económicos

Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional, otorgado por el Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que reconoció legitimación activa al actor, quien, por la violación de aquellos derechos, había presentado un agravio concreto³.

De este modo, en lo que respecta al acceso a la vivienda, junto con lo dispuesto en el nuevo Artículo 75, inc. 19, de la Constitución Nacional, se pone como obligación en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir con dicho mandato varían, y dependerán siempre de las posibilidades económicas y financieras, pero aún así el Estado no debe prescindir de llevar adelante una política de desarrollo habitacional.

En este marco de ideas, los derechos reconocidos en los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno. Si el alcance de estos fuere menor, prevalece el derecho interno, o, por otro lado, el del tratado que otorgue mayor protección; por lo que no cabría, respetando esta línea argumental, hacer lugar en forma razonable y definitiva al alcance que el Superior Tribunal local hizo de la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las normas de la Constitución Nacional y de la Constitución local.

En este orden de ideas, podemos llegar por lo menos a la conclusión de que la Corte nos ha otorgado algunas pautas interesantes en su línea argumental, como ser la necesidad de que lo constitucional sea un elemento fundamental en la conformación de una política pública; y que, a su vez, no sean elementos meramente cuantitativos los que prevalezcan a la hora de realizar tal evaluación.

Ahora bien, hecho el precedente análisis respecto de los argumentos que la mayoría de la Corte ha hecho suyos a raíz de la opinión de la Sra. Procuradora Fiscal, y analizado a su vez el despliegue de normativa preexistente tanto en el ámbito federal como en el local, cabe preguntarse cuál es el rol de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en estos términos, es decir: ¿es razonable preguntarse si el Estado local podría llegar a ser pasible de algún tipo de acción de responsabilidad?; ¿ha desobedecido la mentada Ciudad, normativa local (Arts. 31, 39 y 42 de la CCABA) o federal (Arts. 14 bis, 16, 28, 31 y 75 inc. 22

 ²Cfr. María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2011, 4ª edición, p. 227.

³Cfr. María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, 4ª edición, p. 225. 

CN) con jerarquía constitucional? En este contexto, deberíamos recordar que la decisión final a la que ha arribado la Corte, en este caso de extrema vulnerabilidad, fue la de condenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del precedente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado⁴.

Corresponde, entonces, adentrarnos en el análisis de la existencia o no de la mentada responsabilidad por parte del ente estatal local. En primer lugar, es menester aclarar que en cuanto al brevísimo comentario que hemos realizado en relación con el fallo en ciernes, no se halla dentro de nuestra intención agotar lo que sería el estudio y análisis *in extenso* de la teoría acerca de la responsabilidad del Estado, materia que en lo que hace a este punto excede los fines del mismo.

Sin embargo, debe recordarse que según lo entiende la más excelsa doctrina, tanto en el derecho público como en el privado se admiten dos planos en orden a la teoría de la responsabilidad; uno es el plano contractual y el otro el extracontractual, sea que el hecho generador de responsabilidad emane tanto de un accionar positivo, como de uno negativo, esto es, una conducta omisiva. Desde esta perspectiva, y aunque la actividad ilícita y la conducta omisiva del Estado pueden configurarse tanto en el plano contractual como en el extracontractual, nos detendremos en abordar la cuestión desde este último plano. Debe recordarse en este punto que –siguiendo el criterio de la CSJN– el Estado es responsable por su actividad ilícita siempre que estén presentes al menos los siguientes elementos:

- 1) la falta de servicio (Art. 1112, CC);
- 2) el daño cierto, y
- 3) la relación de causalidad directa, entre la conducta estatal –acciones y omisiones– y el daño cuya reparación se persigue.

Así, en los casos de omisiones el presupuesto básico es el contenido antijurídico, tal como ocurre en los supuestos

de responsabilidad por hechos o actos ilícitos.

La responsabilidad estatal por omisión procede cuando el Estado incumple sus deberes –es decir, no hace cuando debe hacer– y su fundamento es no solo el Artículo 1112, CC, en los términos que hacen a la “falta de servicio”, sino también el Artículo 1074, CC, según los principios propios del derecho administrativo⁵. Recordemos que este precepto dice que “toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”⁶.

Ahora bien, parecería que de algún modo, es mucho más sencillo comprender cualquier caso en el que exista un deber específico y legalmente establecido, por lo que de la simple confrontación entre la norma y la actividad omisiva del Estado, pueda determinarse lisa y llanamente su responsabilidad. Sin embargo, no podemos dejar de advertir que esto no siempre se da así en la mayoría de los casos, puesto que tanto en las normas locales como nacionales, sea su materia federal o no, nos encontramos muchas veces ante mandatos legales de carácter inespecífico, como ser que el Estado debe cumplir o asegurar a todos sus habitantes el derecho a la salud, a un ambiente sano, a una vivienda digna, cumplir con su deber genérico de seguridad, etc.; situaciones en las cuales se presentan algunos matices que debemos tener en cuenta (cfr. CSJN *in re* “Mosca”). Tal es así que lo propio sucede en el ámbito de la Ciudad Autónoma, donde la mayoría de los supuestos que es dable incluir en el tema de la omisión estatal antijurídica provienen del ejercicio defectuoso del poder de policía de seguridad, del cumplimiento defectuoso de prestaciones estatales englobables dentro de la noción de servicio público, del daño proveniente de la utilización del dominio público o de la omisión del deber de control del Estado sobre el ejercicio de ciertas actividades privadas fuertemente reguladas (bancos, financieras, etc.). Las soluciones halladas no resultan uniformes atentos a la inexistencia de un texto legal en el ámbito del derecho público argentino que con carácter general regule este instituto⁷.

⁵ Cfr. Carlos F. Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, La Ley, 2011, 1ª edición, p. 223.

⁶ Cfr. Art. 1074, *Código Civil de la Nación Argentina*.

⁷ Cfr. Alejandra B. Petrella, “Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo” del 25, 26 y 27 de agosto de 2004, *La Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, Ediciones Rap, 2005, p. 297.

⁴ Cfr. “Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *in re* “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 24 de abril de 2012.

Por ello, cabe distinguir entre la omisión propiamente dicha, por falta de establecimiento de políticas concretas tendientes al cumplimiento de los derechos cuya garantía propende, de aquella derivada de la elección entre una de varias soluciones basadas en una apreciación de lo justo que viene predeterminada por la norma que atribuye competencia para obrar⁸.

Ahora bien, en cuanto al caso que nos ocupa, es menester recordar que, por ejemplo, en materia de salud la Constitución de la Ciudad señala que, en el ámbito local (Art. 20 CCABA), “se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculado con la satisfacción de las necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”. Por su parte, el Estado local tiene el deber de realizar todas aquellas prestaciones positivas que resulten necesarias para hacer efectivo el goce de ese derecho⁹.

Finalmente, creemos oportuno remarcar que para asegurar el goce de los derechos por parte de todos los vecinos de la CABA debe enderezarse el control contra la inactividad material del Estado en el cumplimiento que tiene a su cargo. La Constitución del Estado local otorga un marco de referencia que hace exigibles judicialmente los derechos sociales por ella reconocidos. Los derechos

sociales son plenamente operativos, y es por ellos que el constituyente local ha tutelado prioritariamente a las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad social (como así también lo ha entendido la Cámara CAyT en senda jurisprudencia en materia habitacional, por ejemplo, “Ramallo, Beatriz y otros c/ GCBA s/ amparo”, entre otros).

Entendemos que este fallo reviste trascendental importancia, ya que constituye mucho más que un mero llamado de atención al Estado local, por parte de nuestro máximo tribunal, a los fines de que el gobierno de la CABA reformule su actual política habitacional en función de los estándares fijados por la Corte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Constitución Nacional y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, con el objetivo de superar los obstáculos y condicionamientos que impidan a las personas en situación de extrema vulnerabilidad acceder a un vivienda digna; caso contrario, sostenemos que podrían darse los presupuestos básicos que configuran la responsabilidad estatal por omisión en el cumplimiento de las políticas concretas en materia de reconocimiento y goce de derechos, que encuentran su origen en nuestras bases constitucionales. 

⁸Idem.⁹Cfr. Carlos F. Balbín, “Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo” del 25, 26 y 27 de agosto de 2004, *La Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, Ediciones Rap, 2005, p. 260.

LEGISLACIÓN DE CONSULTA SUGERIDA

Responsable:

Dr. Carlos Aguirre

Coordinador:

Mariano Lombardi

DECRETO N° 791/2012 Comunidades Indígenas. Representación en el Consejo de Coordinación. Modificación del Decreto N° 155/1989. Buenos Aires, 23/5/2012.
Fecha de publicación: *BO* 28-5-2012.

LEY N° 799. SAN LUIS Creación de la Comisión Bicameral Permanente de Control de Legalidad de Ordenanzas dictadas por Intendentes Comisionados Municipales Provinciales. Boletín Oficial: 1-6-2012.

LEY N° VI-0799-2012 Modificación del Artículo 3° de la Ley N° VI-0645-2008. Régimen de Intendentes Comisionados. “Creación de la Comisión Bicameral Permanente”.
Fecha de publicación: *BO* 1-6-2012.

LEY N° 2.801 Neuquén, 29-3-2012.
Fecha de publicación: *BO* 11-5-2012.
Utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, archivos electrónicos y digitales en todos los procesos y procedimientos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Provincia del Neuquén.

LEGISLACIÓN COMENTADA

LEY NACIONAL N° 26.743 Sancionada el día 9 de mayo de 2012.
Promulgada el día 23 de mayo de 2012.
Publicada *BO* el día 24 de mayo de 2012.
Ley de Identidad de Género, implicancias y aportes de la Ley N° 26.743 de Identidad de Género, supresión del concepto de “genitalidad” para la definición del sexo jurídicamente reconocido, reconocimiento del derecho a la expresión libre del género autopercebido con independencia del sexo morfológico. Rectificación documentaria en concordancia con el sexo autopercebido y derecho a la obtención de tratamientos hormonales y/o quirúrgicos de adecuación genital como integrantes del PMO.

Como norma jurídica, la Ley de Identidad de Género es el reconocimiento brindado por el Estado a una realidad social puesta a la luz a partir de la extensa lucha llevada adelante por los colectivos LGBTTTI en aras de la

inclusión y amparo de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersexuales, quienes promovieran un profundo cambio ideológico y cultural a nivel legislativo del concepto “género”, antes ineludiblemente ligado al de “genitalidad” objetivamente considerada, para identificarlo ahora con la experiencia autopercebida por el sujeto de derechos.

En tal orden de ideas, la Ley N° 26.743 contempla diferentes aspectos, ya sea desde lo eminentemente documental¹, desde lo simplemente denominativo², cuanto del acceso a la salud³. Así, la misma, en su Artículo 2°, formula un profundo cambio ideológico, al definir a la “Identidad de Género” como “[...] la vivencia interna e individual del género tal como cada persona lo siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo [...]”, y en función de tal premisa estructurar el reconocimiento de todos los derechos que la ley contempla.

En consecuencia de lo expuesto, la ley ampara el derecho de toda persona a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio del nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su género autopercebido, esto es con su propia vivencia a nivel personal y humano con respecto al sexo del que se siente parte, con independencia del sexo natural objetivamente considerado⁴.

En virtud de tal norma cualquier persona está facultada a solicitar a los Registros respectivos la rectificación de su partida de nacimiento, documento nacional de identidad, pasaporte, etc., sin necesidad de proceso judicial alguno y por única vez⁵. Asimismo, los menores de 18 años lo deben hacer a través de sus representantes legales, teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, la Convención sobre Derechos del Niño y Ley N° 26.061 sobre protección integral de niños, niñas y adolescentes⁶.

Un punto que juzgamos controvertido es que tal rectificación no requiere de intervención quirúrgica por reasignación total o parcial de sexo, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico, bastando tan solo la manifestación de voluntad en tal sentido⁷. En caso de que cualquier persona decida libremente modificar su cuerpo en pos de adecuarlo a su género autopercebido, la Ley N° 26.743 garantiza el acceso integral y directo a los sistemas de salud públicos y privados a través de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales sin necesidad de autorizaciones médicas, psiquiátricas, judiciales o administrativas y como integrantes del Plan Médico Obligatorio (PMO)⁸, bastando a tal efecto la suscripción por el peticionante de un consentimiento informado, y aún cuando tales tratamientos hormonales no se encuentren enderezados a una posterior y complementaria reasignación quirúrgica de sexo⁹.

Un punto relevante es el relativo a la confidencialidad del acta de nacimiento original, estando reservado su conocimiento solo a aquellos que cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada, no pudiéndose dar a publicidad la rectificación registral del sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos, debiendo omitirse la publicación en los diarios ordenada por el Artículo 17 de la Ley N° 18.248¹⁰.

Entre los aspectos más destacables de la norma en análisis está el amparo del derecho al reconocimiento de la identidad de género en los menores de edad, a quienes también se reconoce la capacidad de requerir los cambios documentales que concuerden con su sexo autopercebido, así como los tratamientos hormonales y quirúrgicos enderezados a tal fin, en este caso con la conformidad de la autoridad judicial (a la que se le fija un plazo de 60 días para expedirse)¹¹; y el derecho de las personas a ser llamadas, aún en ausencia de cambio documental, por el

¹Art. 3°, Ley N° 26.743.

²Art. 4°, Punto 3, Ley N° 26.743.

³Art. 11, párrafo primero, Ley N° 26.743.

⁴Art. 4°, Punto 2, Ley N° 26.743.

⁵Art. 8°, Ley N° 26.743.

⁶Art. 5°, Ley N° 26.743.

⁷Art. 4°, Punto 3, Ley N° 26.743

⁸Art. 11, Ley N° 26.743.

⁹Art. 11, párrafo segundo, Ley N° 26.743.

¹⁰Art. 9°, Ley N° 26.743 (alude al Art. 17 de la Ley N° 18.248 de Nombre de las Personas, conforme la redacción dada por la Ley N° 20.668).

¹¹Art. 11, párrafo segundo *in fine*, Ley N° 26.743.

nombre libremente elegido que concuerde con su género autopercibido, pudiendo a su solo requerimiento utilizarse el nombre de pila escogido para ser utilizado en la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio público o privado¹².

Conclusión: como corolario de lo expuesto, la sanción de la denominada Ley de Identidad de Género constituye un profundo avance en materia de reconocimiento de

derechos humanos, que tiende a consumir un trato digno y desprejuiciado a un importante colectivo social, a la vez de garantizar, a través de las normas citadas, el acceso libre pleno e irrestricto al sistema de salud, asegurando el acceso a las terapias que permitan adecuar el sexo morfológico al autopercibido por el sujeto, derogando en tal sentido expresamente el inciso 4 del Artículo 19 de la Ley N° 17.132¹³.

EL DECRETO N° 481/GCABA/11¹⁴.

LA OBRA PÚBLICA MENOR Y DE EMERGENCIA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



En esta oportunidad, y en el contexto de la finalidad informativa y de actualización que un Boletín como el del caso propone, es que se hará un breve análisis sobre los aspectos novedosos que aportó el dictado del Decreto N° 481/GCABA/11 sobre una de las figuras procedimentales existentes en materia de contratos de obra pública en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁵, la “contratación directa”.

Y entendemos conveniente también, en este apartado, adelantar cuál ha sido el argumento que nos condujo a utilizar la expresión “emergencia” –con las implicancias que el término conlleva–, para hablar, en definitiva, de un instituto arduo conocido y utilizado por las distintas administraciones. A quienes se hayan aventurado, les diremos que pueden estar en lo cierto; una vez más la coyuntura social que perturba al estrato gobernante impulsa cambios en las reglamentaciones existentes¹⁶.

A. Aproximaciones.

La norma en análisis constituye, en pocas palabras, el nuevo marco regulatorio o Pliego de Bases y Condiciones Generales para la ejecución de obra pública por licitación privada y contratación directa, cuando los montos de aquellos trabajos no superen la suma de pesos un millón (\$1.000.000.-) para el primer supuesto, y pesos quinientos mil (\$500.000.-), en el segundo.

Serán observadas las particularidades del régimen de selección directa del contratista, ahondando sobre las modificaciones que presenta respecto a la situación normativa anterior¹⁷; el espacio a distintas lecturas sobre preceptos genéricamente legislados; como también aquellas ventajas e inconveniencias que presenta para atender a su principal objetivo, la solución de casos de extrema necesidad o urgencia, sin apartarse de los principios básicos que rigen la contratación administrativa¹⁸.



¹²Art. 12, Ley N° 26.743.



¹⁵En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por aplicación de la cláusula transitoria tercera de la Ley N° 70 –Boletín Oficial (BOCBA) N° 539 del 29-9-1998–, la Ley Nacional N° 13.064 de Obras Públicas –publicada en el Boletín Oficial del 28-10-1947– rige hasta tanto sea dictada otra por la propia jurisdicción. En lo pertinente, el instituto de la contratación directa está estipulado en el Art. 9° de aquella norma.



¹⁶En el párrafo noveno, en los antecedentes del reglamento, se dijo: “Que, así también, mediante la actualización del sistema de contratación de Obras Públicas Menores, las dependencias del Gobierno de la Ciudad podrán responder con mayor inmediatez a las demandas de infraestructura que surgen de las escuelas de gestión estatal, a fin de garantizar la prestación del servicio público esencial a su cargo [...]”.

¹³Art. 14, Ley N° 26.743 (Ley N° 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares).

¹⁴Boletín Oficial (BOCBA) N° 3752 del 20-9-2011.

¹⁷En relación al anterior Pliego de Bases y Condiciones Generales para Obras Públicas Menores, Decreto N° 8.828/MCBA/78 –publicado en el Boletín Municipal (BM) N° 15951, 29-1-1979.

¹⁸En especial, igualdad, libre concurrencia y libre contradicción.





Como punto de partida, y sobre la base del catálogo de puntos por abordar, es importante conocer cuáles han sido –y continúan siendo– los problemas que una administración enfrenta al momento de balancear los intereses de una comunidad que exige –y merece– respuestas en lo inmediato, y las necesidades de esa misma sociedad, en que la transparencia cumpla un rol preponderante en el ejercicio de la función pública, sobre todo, cuando son los recursos los que se hallan en el centro del debate.

La regla básica en materia de Obras Públicas la comprende el llamado a licitación pública, y por oposición a ella, el hacerlo privadamente o a través de la contratación directa. Estos últimos procedimientos importan el recaudo de reunir al menos uno de los requisitos previstos en el Artículo 9º de la Ley N° 13.064¹⁹.

El propio considerando del Decreto N° 481/GCABA/11, en el tercer párrafo, justifica su existencia en el inc. a) de ese Artículo 9º de la Ley de Obras Públicas, en tanto reza “a) Cuando el costo de la obra no exceda del monto que establezca el Poder Ejecutivo Nacional [...]”. Sobre esto, puede decirse que el límite fijado tanto para la licitación privada como para el procedimiento de contratación directa en este nuevo Pliego de Bases y Condiciones Generales, sería una de las formas de avalar la laxitud contenida en cuanto a requisitos y formalidades para su tramitación.



Como fuera oportunamente advertido, reduciremos el centro de análisis a las reformas sustanciales que esta norma propuso sobre el régimen de la contratación directa, para obras públicas consideradas menores –en base al monto–, dejando para otro trabajo lo relativo al régimen de licitación privada.

El primer aspecto está vinculado con la ausencia de la aprobación formal de los Pliegos de Bases y Condiciones y Especificaciones Técnicas Particulares a través del Acto Administrativo, y asimismo su publicación, como sí sucede en el ámbito del procedimiento de licitación

B. Los caminos tradicionales.

Pero más allá de los montos, el inc. c) del mismo artículo de la Ley N° 13.064, cuyo texto nos induce a pensar que ha sido el fundamento legal más fuerte que tomó el Poder Ejecutivo, al hacer uso de la potestad reglamentaria en el dictado del Decreto N° 481/GCABA/11, establece: “Cuando los trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas demandaren una pronta ejecución que no dé lugar a los trámites de la licitación pública, o para la satisfacción de servicios de orden social de carácter impostergable [...]”.

Es aquella previsión normativa que, fundada en circunstancias de hecho –como adelantáramos–, abre el camino a la flexibilización no solo del principio general vinculado al procedimiento de selección –que propende a satisfacer sólo una de las enunciadas demandas de un colectivo, es decir, la transparencia, pero obstaculizando el paso a la solución de la emergencia social–, sino también la desestructuración del complejo para Obras Públicas Menores existente hasta entonces –Decreto N° 8.828/MCBA/78, de por sí más ágil respecto al ordinario, Decreto N° 1.254/GCABA/08– por otro más sencillo y rápido.

En síntesis, el Pliego de Bases y Condiciones Generales que rigió hasta entonces las “Obras Públicas Menores”²⁰ se ve matizado, despojado de rigorismos inútiles, pero también abarcado por aspectos ambiguos que dan margen a la discrecionalidad exagerada, quizá no atemperada por los mecanismos de control que también prevé.

C. Aspectos superadores y dificultades.

privada. Como ventaja, puede hablarse de la celeridad del trámite, que al omitir la emisión de este acto y su publicación, abrevia los tiempos, pero también es difícil controlar si efectivamente aquellos están bien confeccionados, o el apremio nos conduce inevitablemente a que, a través de los Anexos Técnicos –que para contratación directa se estipulan, como contenedores de Pliegos, Planos y Planillas–, los oferentes tengan un mayor marco de discrecionalidad al momento de presentar sus ofertas, corriendo el riesgo de tener que acudir a eventuales adicionales de contrato.

¹⁹ Artículo sustituido por Art. 33 del Decreto N° 1.023/2001, BO 16-8-2001.

²⁰ Entiéndase por “Menor” el aspecto cuantitativo, es decir, el monto económico.



Por otra parte, el Anexo I del Decreto N° 481/GCABA/11, en el punto 2.2.2, si bien modifica la línea y opta por no celebrar un evento de apertura de sobres, que propendería a dar transparencia al procedimiento contractual, obliga al funcionario competente a labrar un acta consignando todos los datos de la documentación, para luego conformar un Acta de Preadjudicación, la que deberá ser publicada y, además, podrá ser impugnada por los oferentes²¹. El derogado Decreto N° 8.828/MCBA/78 no permitía a los oferentes reclamar por la desestimación de su oferta, de ningún modo²².

En el mismo sentido, la resolución que devenga en la adjudicación de la obra, en los términos del Decreto N° 481/GCABA/11, pto. 2.2.3 del Anexo I, deberá contar previamente con dictamen de la Procuración General, órgano de control constitucional en la jurisdicción. Aquella instancia de contralor tampoco fue contemplada por la norma reemplazada.

Aspecto a tener en cuenta también lo constituye el modo en que pueden ser conformadas las garantías, tanto de oferta como de adjudicación, en tanto la nueva reglamentación excluye la presentación de títulos ejecutivos como el pagaré, cheques o letras de cambio²³, algo avalado por el antiguo régimen. Entendemos esto como un avance.



Vasto es el contenido de la norma, y limitado el énfasis que hemos dedicado al abordaje de unos pocos aspectos, pero válida quizá la apertura de una discusión que no está enfocada a cuestionar el régimen exorbitante, que tiende a favorecer en pos del interés público a una de las partes en la ejecución de un contrato administrativo, como tampoco los procedimientos ordinarios de selección de contratistas, sino más bien en lograr determinar cuáles de todos esos aspectos críticos y preestablecidos deben, o pueden, ser dejados de lado, sin alterar su espíritu, para responder y canalizar las demandas que en situaciones extremas se presentan a quienes ejercen una administración determinada. 

D. Conclusiones.

 ²¹Según lo dispuesto por el apartado 2.2.3, Anexo I, deberá intervenir la Procuración General previa resolución de las impugnaciones a la preadjudicación, las que deberán efectuarse constituyendo un depósito equivalente al 3% del presupuesto oficial.

 ²²El apartado 1.5.5, del Decreto N° 8.828/MCBA/78, decía: “Desestimación o rechazo de las ofertas: La Municipalidad se reserva el derecho de desestimar o rechazar todas o cada una de las ofertas que se formulen, sin derecho a reclamación o indemnización alguna”.

²³Ver el punto 4.6, inc. e), del Anexo I al Decreto N° 481/GCABA/11.



FISCAL E INGRESOS PÚBLICOS

Responsable:

Dr. Harry Schurig

Coordinadora:

Dra. Cristina del Carmen Mansilla

Normativa.

1. Resolución 3309/12 - Administración Federal de Ingresos Públicos - 3/4/2012 - BO 11/4/2012.

**RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO.
COLABORACIÓN ENTRE FISCOS.**

Dado que la Ley N° 26.735, modificatoria de la Ley Penal Tributaria N° 24.769, introdujo como tipo penal aquellas conductas que lesionan a los fiscos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la AFIP aprobó un sistema informático denominado “Matriz de Intercambio de Información Penal Tributaria”, mediante el cual cuando algunos de los fiscos tomaren conocimiento de una situación que pudiera dar lugar a la aplicación de un delito tributario, deberán comunicarlo a los otros. El intercambio de información se realizará exclusivamente por vía informática y para acceder al sistema los fiscos locales deberán suscribir un convenio de adhesión con AFIP.

2. Resolución General 3320/12 - Administración Federal de Ingresos Públicos - 26/4/2012 - BO 27/4/2012.

**COMERCIO EXTERIOR.
SISTEMAS DE CONTROL INFORMÁTICO PARA
ACCEDER A BENEFICIOS TRIBUTARIOS.**

Se aprueba la herramienta informática denominada Monitoreo de Estímulos a la Producción Argentina, con la finalidad de ejercer –al tiempo de exportar ciertos productos– controles sobre la actividad declarada, el personal de planta activo y el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la seguridad social, como requisito para acceder a beneficios tributarios.

3. Resolución General 3328 - Administración Federal de Ingresos Públicos - 4/5/2012 - BO 11/5/2012.

**RÉGIMEN SIMPLIFICADO PARA
PEQUEÑOS CONTRIBUYENTES.**

Se establecen las causales de exclusión del régimen por adquisición de bienes o realización de gastos de índole personal o por depósitos bancarios –debidamente depurados–, que resulten incompatibles con los ingresos declarados a los fines de su categorización.

4. Resolución 3330/12 - Administración Federal de Ingresos Públicos - 10/5/2012 - BO 11/5/2012.

**FACTURACIÓN Y REGISTRACIÓN.
EMISIÓN DE DOCUMENTOS NO FISCALES.
LIMITACIÓN.**

Se establece que los contribuyentes obligados a confeccionar comprobantes mediante controladores fiscales no podrán emitir en lo sucesivo “comandas”, ya sea que se trate de operaciones de consumo en el establecimiento o que involucren el servicio de entrega a domicilio denominado “delivery”. Norma complementaria a la RG DGI 4104 (texto sustituido por RG 259/98).

- 5. Resolución General 3333 -
Administración Federal de Ingresos Públicos -
23/5/2012. MONEDA EXTRANJERA.**
- Se establece con carácter general y obligatorio un sistema de consulta *on line* desde la página de la AFIP (www.afip.gob.ar) para todas aquellas personas que deseen adquirir divisas extranjeras para atender a gastos generados por viajes al exterior. De este modo deben brindarse una serie de datos y eventualmente documentación, a fin de que el organismo fiscal autorice la compra de divisas. La presente norma es complementaria de la Resolución General 3210 que estableció en 2011 el Programa de Consultas de Operaciones Cambiarias. La información recabada le permitirá a la AFIP evaluar –en tiempo real– la situación fiscal y económico-financiera del sujeto adquirente de moneda extranjera y a la vez conocer en detalle la matriz del negocio de los operadores turísticos para fiscalizar adecuadamente la renta por ellos declarada, máxime considerando que estos intermediarios pueden acceder al mercado de cambios sin limitación alguna en función de lo dispuesto por la Comunicación BCRA “A” 5261 del 29-12-2011.
- 6. Resolución General 3334 -
Administración Federal de Ingresos Públicos -
24/5/2012.
RÉGIMEN SIMPLIFICADO PARA
PEQUEÑOS CONTRIBUYENTES.**
- Se establecen las cotizaciones fijas con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) en \$ 157, al Sistema Nacional del Seguro de Salud en \$ 100 y al Régimen Nacional de Obras Sociales en \$ 100. El aumento no afecta a quienes tengan una relación de dependencia en otra actividad laboral.
- 7. Resolución General 3339 -
Administración Federal de Ingresos Públicos -
BO 30/5/2012.
DEBERES DE INFORMACIÓN DE
OPERADORES DE GRANOS.**
- Se modifica el régimen de información sobre operaciones económicas de granos, por parte de personas físicas e ideales que comercializan, prestan servicios e industrializan dicho producto, estableciendo a partir del 31 de mayo de 2012 la utilización del programa aplicativo denominado “AFIP - DGI - MOVIMIENTO DE GRANOS - Versión 4.0”, el cual debe presentarse aunque en algún período fiscal no tenga movimientos. Algo interesante para destacar de esta norma reglamentaria es que, a diferencia de otros programas aplicativos del Organismo Recaudador, las versiones informáticas anteriores siguen vigentes para cada período fiscal.
- 8. Disposición N° 37/12 -
Administración Federal de Ingresos Públicos -
Subdirección General de Administración Financiera -
14/5/2012 - BO 21/5/2012.
CONTRATACIONES CON EL ESTADO NACIONAL.
MÓDULO DE E-COMPRAS SIGMA.**
- Se aprueba el reglamento para las contrataciones realizadas por Trámite Simplificado y en Soporte Digital.



- 9. Resolución 92/12 -**
Unidad de Información Financiera -
BO 30/5/2012.
LAVADO DE DINERO.
OPERACIONES SOSPECHOSAS.
- La Unidad de Información Financiera a través de la presente norma reglamentaria definió el concepto de “cliente”, dentro de la competencia de cada uno de los Organismos dependientes del Estado Nacional, porque son sujetos obligados a denunciar a través del Sistema de Reporte de Operaciones Sospechosas *on line*, las operaciones de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.
- 10. Resolución 93/12 -**
Unidad de Información Financiera -
30/5/2012.
LAVADO DE DINERO.
CLUBES DE FÚTBOL.
- Se incorporan dentro de las entidades obligadas a cumplir con el Reporte Sistémico de operaciones sospechosas, frente a la prevención del lavado de activos y de financiación del terrorismo, a la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) y los clubes cuyos equipos participen de los Torneos de Fútbol de Primera División y Primera B Nacional organizados por la (AFA), dentro de los quince días de efectuadas las transferencias o cesiones de derechos federativos, o por préstamos recibidos (onerosos o no) cuyos importes sean superiores a la suma de pesos cien mil (\$100.000) o el equivalente en otras monedas.
- 11. Resolución 81/12.**
Secretaría de Hacienda -
13/4/2012 - BO 3/5/2012 -
SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACIÓN FINANCIERA.
INTERNET.
- Se establece un marco conceptual que sintetice y defina las funcionalidades del circuito de gastos.
- 12. Resolución General 6/2012.**
Inspección General de Justicia (IGJ) -
27/3/2012 - BO 28/3/2012.
LAVADO DE ACTIVOS.
MANUAL DE PROCEDIMIENTOS.
- La IGJ se encuentra comprendida entre los sujetos obligados a informar a la UIF cualquier hecho u operación que resulte sospechosa, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad, debiendo por ello establecer las medidas y los procedimientos tendientes a prevenirlos, detectarlos y reportarlos. El presente Manual de Procedimientos tiene como objetivo incorporar las actividades de prevención como parte de las rutinas internas del organismo, delimitando las políticas de actuación y el funcionamiento interrelacionado que observarán el Oficial de Cumplimiento, el Inspector General y la Unidad de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Se enumeran los supuestos de transacciones inusuales o sospechosas.

- 13. Resolución PGN N° 43/12 - Procuración General de la Nación - 28/5/2012.**
Proyecto de Reforma del Artículo 22 de la Ley N° 24.946 (Ley Orgánica del Ministerio Público).
ARANCELAMIENTO DE SERVICIOS PRESTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.
- A causa de la sanción del Código Procesal Penal de la Nación (1992) y de la Ley Orgánica del Ministerio Público (1998), el Ministerio Fiscal comenzó a recibir una carga importante de trabajo que el Poder Judicial delegó en los fiscales. De este modo, servicios idénticos a los arancelados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación empezaron y continúan siendo prestados por el Ministerio Fiscal sin exigir contraprestación. Teniendo en cuenta que desde la Reforma Constitucional de 1994 el Ministerio Público dejó de financiarse al través del Poder Judicial de la Nación y de recursos propios, se propone la modificación de la Ley N° 24.946, facultando al Procurador General de la Nación para establecer aranceles, fijar sus montos y actualizaciones.
- 14. Disposición N° 181/12 - Administración Federal de Ingresos Públicos - 14/5/2012.**
CREACIÓN DEL REGISTRO DE PROVEEDORES ELECTRÓNICOS DE AFIP.
- Todos aquellos interesados en participar de las contrataciones realizadas por Trámite Simplificado en soporte digital deberán inscribirse en el mencionado Registro. Solo aquellos proveedores admitidos podrán participar en los procesos de contratación bajo la modalidad de soporte digital.
- 15. Resolución General 3287/12 - Administración Federal de Ingresos Públicos - 7/03/2012.**
ADUANAS. EQUIPAJE.
- Actualización del procedimiento de pago para cancelación de obligaciones tributarias generadas por exceso de equipaje.
- 16. Resolución 147/12 - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - 7/5/2012 - BO 10/5/2012.**
COMERCIO EXTERIOR.
CREACIÓN DE UN COMITÉ DE MONITOREO.
- Se establece la creación de un Comité de Monitoreo encargado del control mensual de empresas que operan en la actividad de comercio exterior a fin de dar cumplimiento a compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de tributos y estímulos.
- 17. Resolución General 3252/12 - Administración Federal de Ingresos Públicos.**
DECLARACIÓN JURADA ANTICIPADA DE IMPORTACIÓN.
- Se establece un régimen de información previo con relación a las destinaciones definitivas de importación a consumo. Esta norma se complementa con las RG AFIP 3255/12 y 3256/12.
- 18. Resolución General 3276/12 - Administración Federal de Ingresos Públicos - 9/2/2012 - BO 22/2/2012.**
ADUANA. DJAS.
- Se incorpora a la “Ventanilla Única Electrónica de Comercio Exterior” la información correspondiente a prestación de servicios efectuadas por sujetos del exterior a prestatarios residentes en el país y por prestadores residentes en el país a prestatarios del exterior. Esta norma se complementa con la RG AFIP 3307/12.



Jurisprudencia.

1. CSJN -
“Texam Corp S.A. c/ San Luis, Provincia de y otro
(Estado Nacional) s/ daños y perjuicios”.
Fallo T. 75. XXXVIII.
24-4-2012.
RÉGIMEN PROMOCIONAL.
DAÑOS Y PERJUICIOS.

La empresa Texam Corp S.A. promovió demanda contra el Estado Nacional y/o AFIP-DGI y/o la Provincia de San Luis por los daños y perjuicios causados por la falta de otorgamiento de beneficios impositivos correspondientes al régimen promocional de la Ley N° 22.021 y por los derivados de su concurso preventivo y posterior quiebra. La empresa, dedicada a la fabricación de prendas de vestir, obtuvo el certificado de puesta en marcha de la planta ubicada en la Provincia de San Luis. Posteriormente, la AFIP negó el otorgamiento de los bonos de crédito fiscal argumentando que no se realizaba actividad promovida en la sede social. Finalmente la Corte Suprema rechazó la demanda al comprobar que el estado de insolvencia de la actora fue previo a la fecha en la cual se esperaban recibir los estímulos fiscales y que la actora no acreditó la efectiva magnitud del supuesto daño económico, sino que se limitó a consignar un cálculo abstracto de los beneficios fiscales máximos que hubiera podido percibir en el período máximo de quince años de duración del proyecto.

2. CSJN -
“Transportes Automotores La Estrella S.A. c/ Mendoza,
Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad”.
Fallo T. 535. XLIII. 6/3/2012.
TRANSPORTE INTERJURISDICCIONAL.
COPARTICIPACIÓN.
DOBLE IMPOSICIÓN.

La empresa planteó acción declarativa a fin de que se declare la inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que la Provincia cobraba sobre la actividad de transporte interjurisdiccional. La Corte Suprema consideró que resulta inválido aplicar este impuesto cuando se trata de transporte interjurisdiccional “de pasajeros”, en tanto que las tarifas fijadas por el Estado no incluyan como costo este gravamen. Al no poder trasladarse, se produciría una superposición con el Impuesto a las Ganancias, que conlleva una doble imposición contraria a lo establecido en la Ley de Coparticipación Nacional. En cuanto al transporte interjurisdiccional denominado “de tráfico libre”, en tanto la autoridad de aplicación no “fija” las tarifas, sino que “aprueba” las que libremente establecen los operadores, la aplicación del impuesto a los ingresos brutos no resulta inconstitucional.

3. CSJN -
“Grupo República S.A. (TF 19394 – I) c/ DGI”.
Fallo G. 193. XLV.
- 20/3/2012.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS.
DEDUCCIÓN POR MALOS CRÉDITOS.

La Corte Suprema estableció que atento los informes aportados que dan cuenta de los programas de reestructuración de pasivos y demás operaciones financieras de refinanciación realizadas por una serie de deudores, la empresa acreedora (Grupo República S.A.) pudo válidamente considerar la existencia en ellos de un estado de cesación de pagos, a fin de categorizar los préstamos otorgados a ellos como “malos créditos”, deducibles en el período fiscal en el que el estado de cesación de pagos se verifica (Art. 87, de la Ley del Impuesto a las Ganancias). El carácter de crédito “incobrable” no se ve alterado por el hecho de que posteriormente el acreedor llegue a recuperar (convencional o compulsivamente) las sumas adeudadas, debiéndolas reintegrar al balance al tiempo de su percepción. Finalmente se estableció que verificado el estado de cesación de pagos, no resulta necesario que el acreedor ejecute ninguna acción tendiente a hacer efectivo el crédito o resguardarlo, a fin de poder deducir los créditos, en tanto ello no resulta ser un requisito exigido por el ordenamiento, bastando la verificación de cualquiera de los índices previstos en el Artículo 142 del Decreto N° 2.353/1986 –Art. 133 en el texto ordenado en 1998– reglamentario de la ley de impuestos a las ganancias. Se especifica el procedimiento para calcular el monto de previsión por malos créditos (voto de los Dres. Fayt y Petracchi).

4. CSJN -
“Luján, Williams Automotores S.A. -
Conc. Prev. c/ Volkswagen Argentina S.A. y
Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados
y Volkswagen Financiera S.A. s/ medida
autosatisfactiva - avocamiento directo -
incidente de cobro de tasas judiciales”.
Fallo L. 278. XLVI -
13/3/2012.

TASAS DE JUSTICIA.
RESPONSABLE TRIBUTARIO.
FALTA DE RAZONABILIDAD.

El Tribunal Superior de la Provincia de San Luis había intimado al pago de la tasa de justicia a la parte demandada y a su abogado, al considerar que son contribuyentes de estas tasas los usuarios del servicio que se retribuye y responsables “quienes realicen las actuaciones gravadas”, de conformidad a lo dispuesto por el Código Tributario local (Art. 283). La Corte Suprema –remitiéndose al dictamen de la Procuradora Fiscal– consideró que si bien la norma tributaria puede crear la figura del responsable o sustituto tributario, con la finalidad de asegurar o adelantar la recaudación de los tributos, ello supone como requisito la existencia de una estrecha vinculación con la manifestación de la riqueza gravada, sobre la cual pueden ejercer un determinado control a fin de detraer de ella la suma pertinente. De allí que el Tribunal consideró que, en el caso, no existe una vinculación suficientemente razonable entre el contribuyente o la riqueza gravada y el letrado actuante, al carecer este último de la posibilidad de disponer o administrar suma alguna de su representado o patrocinado.

5. CSJN -
“Fiat Concord S.A. TF (16.778 - I) c/ DGI”.
Fallo F. 260 - XLIII -
6/3/2012.
IMPUESTO A LAS GANANCIAS.
DISPOSICIÓN EN FAVOR DE TERCEROS.
CONJUNTO ECONÓMICO.

La AFIP había efectuado un ajuste en los términos del Artículo 73 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, el cual establece que en los casos de disposición de fondos o bienes en favor de terceros que no respondan a operaciones realizadas en interés de la empresa, se presumirá la existencia de ganancia gravada equivalente al interés allí fijado. La Corte precisó la norma, estableciendo que quedan incluidas en el concepto de “disposiciones de fondos en favor de terceros”, las efectuadas entre sociedades vinculadas puesto que se trata de sujetos de derecho distintos, considerados tributariamente en forma independiente. Asimismo el “interés de la empresa” no puede extenderse al interés del conjunto económico, sino que debe limitarse –en principio– al del sujeto (sociedad de capital) al que se dirige la norma.

6. CSJN -
“BJ Service S.R.L. (T.F. 22.368-I) c/ DGI”.
Fallo B. 824. XLIII -
6/3/2012.
IMPUESTO A LAS GANANCIAS.
DISPOSICIÓN EN FAVOR DE TERCEROS.
CONJUNTO ECONÓMICO.

La AFIP había efectuado un ajuste en los términos del Artículo 73 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, a una sociedad radicada en el país que efectuaba remesas al exterior de excedentes de fondos que no tuvieran aplicación local. La Corte Suprema, remitiéndose al fallo “Fiat Concord” arriba citado, consideró a la operatoria como disposición de fondos en favor de terceros, al rechazar la posibilidad de que tales remesas pudieran constituir una distribución de dividendos, ya que esta exige previamente de la decisión de la asamblea de accionistas (conforme lo dispone la Ley N° 19.550).

7. CSJN -
“Lago Espejo Resort S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro
(Estado Nacional) s/ acción meramente declarativa
(impuesto inmobiliario e ingresos brutos)”.
Fallo L. 686. XLV - 20/3/2012.
ESTABLECIMIENTOS DE UTILIDAD NACIONAL.
POTESTADES TRIBUTARIAS LOCALES.

La empresa, dedicada a la explotación de un hotel ubicado en el Parque Nacional Nahuel Huapi, inició demanda a fin de impedir el cobro del impuesto a los ingresos brutos exigido por la Provincia y de un canon anual que en concepto de “habilitación para actividades turísticas” reclamaba la Administración de Parques Nacionales. La Corte Suprema recordó que los terrenos correspondientes a este Parque encajan en la noción de establecimiento de utilidad nacional (tanto los de dominio público como privado, y dentro de estos últimos, los vendidos a fin de construir y explotar el hotel). El actual texto del Artículo 75, inc. 30, de la CN dispone que la facultad atribuida al Congreso para legislar sobre estos establecimientos se limita a la “necesaria” y “circunscripta a los fines específicos”, al tiempo que las provincias y los municipios conservan sus poderes de policía y de imposición en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines, cuestión esta última que exige su demostración efectiva por quien la alega. Por otra parte, la naturaleza diversa de ambos gravámenes impide considerar la existencia de doble imposición.

- 8. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A - "Kohen, Víctor Hugo s/ evasión tributaria simple" - 6/3/2012 - EVASIÓN SIMPLE.**
- La defensa del imputado interpuso recurso de apelación contra la resolución que dispuso el procesamiento y el embargo sobre los bienes de su asistido, en orden a la presunta evasión del pago de obligaciones tributarias mediante la simulación de gastos inexistentes. La Cámara resolvió confirmar dicho decisorio.
- 9. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala E - "S.A. San Miguel A.G.I.C.I. Y F. c/D.G.A. s/recurso de apelación". Expte. N° 29.745-A, 13/4/2012. ADUANA. DECLARACIONES INEXACTAS.**
- Artículo 954, incs. a) y c), del ap. 1 del CA. Divergencia entre el importe de divisas declarado y lo expresado en la factura comercial emitida con anterioridad a la oficialización de la destinación. Ausencia de rectificación en los términos del Artículo 322 del CA. Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el inc. c) del ap. 1 del Artículo 959 del CA. Falta de demostración de error excusable. Inaplicabilidad del Artículo 959, inc. a), del CA por resultar la inexactitud de la compulsa con la documentación complementaria.
- 10. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala E - "Noble Argentina S.A. c/ D.G.A. s/ recurso de apelación". Expte. N° 28.813-A. - 16/4/2012. ADUANA. PLAZOS PROCESALES. TIPO DE CAMBIO.**
- Aclaratoria en sede aduanera: interrumpe el plazo para apelar. Devolución de tributos por exportación desistida: improcedencia de la aplicación del tipo de cambio en dólares. Artículo 20 de la Ley N° 23.905 y Artículo 786 del Código Civil. Decisión unilateral de no embarcar la mercadería. Restricciones cambiarias.
- 11. Procuración General de la Nación - Dictamen - "Allimport S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía - Resol. 485/05 (1 BL 6 contenedores) s/ proceso de conocimiento" - A. 962. XLVII. 13/2/2012. ADUANA. LICENCIAS NO AUTOMÁTICAS.**
- La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la inconstitucionalidad de la Resolución MEyP 485/05, mediante la cual se exige la presentación de certificado de importación de juguetes (CIJ). El Tribunal consideró que dicha norma se erige en la práctica como una restricción incompatible con las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). El dictamen considera que los requisitos establecidos por la resolución impugnada resultan adecuados al objetivo de control perseguido, no siendo la defectuosa o irregular aplicación de este un motivo suficiente para acarrear su invalidez constitucional.
- 12. Procuración General de la Nación - Dictamen - "Schaffer, Norma Lea c/ Dirección Provincial de Energía de Corrientes, Gobierno de la Provincia de Corrientes s/ amparo" - S. 249. XLVII - 2/3/2012. TARIFA ELÉCTRICA. AUDIENCIA PÚBLICA. DERECHO PÚBLICO LOCAL.**
- El Superior Tribunal de la Provincia hizo lugar al amparo deducido por la actora, declarando la inconstitucionalidad de la resolución administrativa que aprueba nuevos cuadros tarifarios, habiendo omitido previamente celebrar la audiencia pública prevista en la Constitución Provincial e implícitamente en la Nacional. El dictamen sostiene que, en el caso, los agravios esgrimidos por la Provincia controvierten la aplicación de normativa local, cuestión ajena a la instancia extraordinaria y privativa de los magistrados de la causa.

CONTABLE - FINANCIERA

Responsable:

Cdra. Roxana Reinaudi

Coordinadora:

Cdor. Cristian Kathrein

LA CUENTA DE INVERSIÓN

Al referirnos a la Cuenta de Inversión lo hacemos pensando en ella como el acto correspondiente a la obligación de rendir cuentas de lo actuado. Así, mientras el Presupuesto Público expresa en forma económica, financiera y administrativa los objetivos que la política intenta alcanzar para satisfacer las demandas de la sociedad, la Cuenta de Inversión permite reflejar el grado de cumplimiento de esos objetivos sometiendo al control público la gestión gubernamental. Además, debe brindar elementos informativos que permitan apreciar fielmente la concreción de lo propuesto, así como también debe evaluar la evolución y los efectos económicos de la política presupuestaria.

La Cuenta de Inversión resulta tan importante como el Presupuesto Público Nacional.

La rendición de cuentas es un aspecto fundamental para la gobernabilidad de los países, entendida ésta como la capacidad de los gobiernos para usar eficazmente los recursos públicos en la satisfacción de las necesidades públicas.

Es por ello que la función de la rendición de cuentas no debe reducirse a una mera fiscalización formal, sino que debe verse como una manera de institucionalizar procesos de toma de decisiones más transparentes y reflexivos, que se traducirán en políticas y decisiones públicas de mayor calidad.

A. El Presupuesto Público como instrumento indispensable de una buena gestión y su estrecha relación con la Cuenta de Inversión.

Existe, entre el Presupuesto y la Cuenta de Inversión, una fuerte implicancia a partir de la cual el desarrollo de uno deriva necesariamente en el otro, y viceversa.

En la actualidad, el Presupuesto cumple varios roles, que lo pueden definir como instrumento de gobierno, ya que expresa financieramente la orientación de la política económica y el programa de obras, servicios y funciones estatales, previstos para el período que abarca el Presupuesto vigente; como instrumento de control, porque facilita la fiscalización del Poder Legislativo hacia el Poder Ejecutivo en la ejecución de toda la política económica y específicamente en la autorización conferida previamente para la realización de los gastos e inversiones públicas.

Asimismo, podemos señalar que el Presupuesto no solo representa un instrumento de previsión, que permite planificar las acciones a desarrollar en pos de alcanzar el logro de los objetivos propuestos para la satisfacción del interés general, sino que además delimita claramente la distribución de poder entre el órgano deliberativo

(representante de ese interés general) y el órgano que ejecuta el mandato, rindiendo cuentas posteriormente a fin de verificar el cumplimiento de aquello que se propuso realizar.

El Presupuesto fortalece el funcionamiento de la organización institucional y contribuye a delimitar las atribuciones de cada órgano. Por lo tanto, no se trata de un mero instrumento técnico contable (visión propia de la escuela de pensamiento clásico), sino que representa la cuantificación financiera de un programa de gobierno que se sustenta en decisiones de orden político, cuyo objetivo se plasma en atender las demandas que la sociedad requiere al gobierno en un momento determinado. Por ello, la gestión pública, apoyada en una dirección eficaz y una responsabilidad definida, encontrará en el Presupuesto una herramienta fundamental que actuará como regulador y como índice de relación para juzgar y analizar el cumplimiento del mandato del pueblo al Poder Ejecutivo. De la manera que la ejecución presupuestaria se ajuste a lo previamente presupuestado, cuando llegue el momento de analizar la utilización de las autorizaciones para gastar,

debe desprenderse no solamente la conclusión de si hubo o no irregularidades, sino que además se debe procurar la obtención de elementos que permitan juzgar la eficiencia de las medidas de gobierno. Así, el Presupuesto será la guía para que el pueblo pueda informarse acerca de cómo se está gobernando, a qué costo, y sobre todo, qué grado de correlación se evidencia entre lo que pensó hacerse y lo que verdaderamente se hizo.

El Congreso Nacional, haciendo uso de sus atribuciones constitucionales, debiera examinar una vez finalizado el año financiero, entre otros temas, la ejecución del Presupuesto de dicho período, lo que supone el ejercicio del contralor parlamentario, sobre los actos del Poder Ejecutivo, en el manejo de los fondos públicos.

Este “control” es propio de un Estado que posee una forma de gobierno republicana, tal como lo consigna nuestra Constitución Nacional en su Artículo 1º, siendo considerado por Joaquín V. González un “privilegio” que deriva de la facultad de establecer contribuciones, fijar su destino y juzgar su aplicación, prerrogativa que es esencialmente popular.

De este modo, la legislación argentina ha establecido una herramienta denominada Cuenta de Inversión, que permite reunir toda aquella información de carácter relevante y confiable, de manera oportuna, la que, en última instancia, facilita el análisis y la evaluación de la gestión gubernamental.

El Congreso de la Nación es el organismo competente para el tratamiento de la Cuenta de Inversión, que es elevada por el Poder Ejecutivo y cuya preparación, según lo establece la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, le corresponde a la Contaduría General de la Nación.

Así, la responsabilidad de la preparación de la Cuenta de Inversión recae en la Contaduría General de la Nación

(Art. 91, inc. h de la Ley N° 24.156), y es el Jefe de Gabinete de Ministros quien debe presentarla al Congreso Nacional antes del 30 de junio del año siguiente al que ella corresponda.

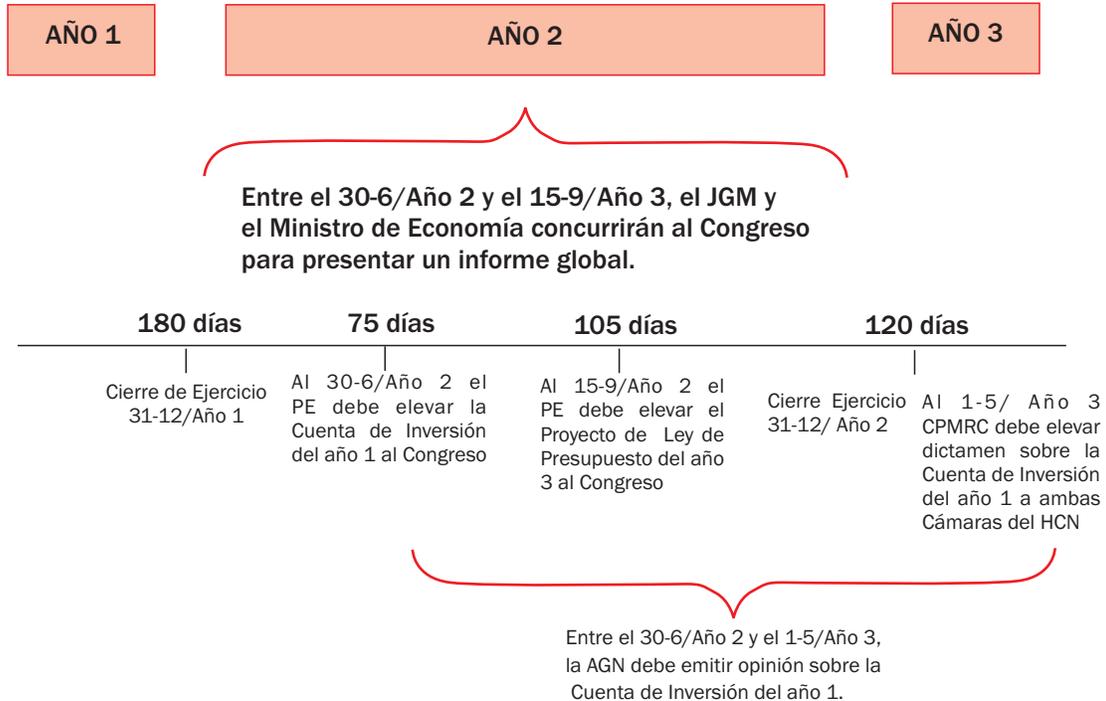
Posteriormente, la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración deberá remitirla a la Auditoría General de la Nación (AGN), en virtud del Artículo 85 de la Constitución Nacional, para que sea analizada y se emita opinión al respecto, trabajo que debe ser realizado en el período que abarca desde el 30 de junio hasta el 1º de mayo del año siguiente (diez meses). Solo después de haber recibido el informe de la AGN, la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración produce el dictamen, que es elevado a ambas Cámaras para la aprobación o el rechazo de la Cuenta.

De este análisis temporal se desprende que la relación entre la Cuenta de Inversión y el Presupuesto Público es muy estrecha. Para formular y posteriormente tratar en el Congreso los presupuestos, se considera básica la Cuenta de Inversión del último ejercicio ejecutado, de acuerdo a lo que se desprende de la Ley N° 25.152.

Esta misma ley establece que “una vez remitida al Honorable Congreso de la Nación la Cuenta de Inversión del ejercicio anterior y en forma previa al envío del Proyecto de Ley de Presupuesto para el siguiente ejercicio fiscal, el Jefe de Gabinete de Ministros y el Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos concurrirán a una sesión conjunta con las Comisiones de Presupuesto y Hacienda de las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores, para presentar un informe global”.

Sobre la base del estudio de los plazos que las leyes establecen en cuanto al tratamiento del Presupuesto y la Cuenta de Inversión, surge el siguiente esquema que fue extraído del sitio web <http://www.elcontrolpublico.com.ar/ecp105/pag060.htm>:

PLAZOS LEGALES RESPECTO DE LA CUENTA DE INVERSIÓN Y EL PRESUPUESTO



Según lo expresado se desprende que la Cuenta de Inversión puede ser analizada desde dos puntos de vista: uno de ellos, cuando nos referimos a la instancia prepa-

ratoria de la rendición de cuentas y, el otro, cuando el Poder Legislativo ejerce sus facultades de control, analizando y evaluando la gestión gubernamental del Ejecutivo.



La exposición y el tratamiento de las cuentas públicas, especialmente en lo atinente a la Cuenta de Inversión, merecen una serie de reflexiones y comentarios, referidos por un lado a la finalidad informativa que llevan intrínseca, y por otro, buscando facilitar el proceso de toma de decisiones a aquellos funcionarios públicos que cuentan con dicha responsabilidad.

La información contable resultante requiere un tratamiento especial, a fin de preparar estados informativos de acuerdo a la naturaleza y los fines específicos del ente público. El sistema contable forma parte de un sistema de información y, por lo tanto, procurará brindar, a través de un proceso integrador, la información que se exija en cada situación particular.

Estas cuentas reflejan las transacciones del Sector Público en la economía y la información obtenida per-

B. Preparación.

mite, por un lado, informar al Congreso de la Nación sobre el cumplimiento del mandato otorgado por la Ley de Presupuesto Anual al Poder Ejecutivo, que se refleja en estados contables y configura una rendición de cuentas; y por otro, integrar los resultados económicos a las cuentas nacionales como uno de los sectores de la economía que, juntamente con el sector privado, permiten medir el producto bruto interno generado en el país en un año dado. El primer aspecto mencionado forma parte del ciclo presupuestario que hace a la esencia del funcionamiento del sistema democrático de gobierno, y el segundo permite la obtención de datos que son necesarios para medir la actividad económica del país.

La Cuenta de Inversión es la consolidación y síntesis del resultado de todo un proceso de información sobre la ejecución de los sistemas que componen la Admi-

nistración Financiera Gubernamental (de presupuesto, de tesorería y de crédito público) que, a estos efectos, son tomados y expresados en el Sistema de Contabilidad Gubernamental. Para la elaboración de los Estados Contables, la Contaduría General de la Nación parte de las registraciones automáticas que surgen de las transacciones presupuestarias que los organismos que la conforman reportan al SIDIF (Sistema Integrado de Información Financiera), e integra el patrimonio neto del resto de los entes que conforman el Sector Público Nacional, de acuerdo a lo informado por ellos a la Contaduría.

El Artículo 95 de la Ley N° 24.156 establece que la Cuenta de Inversión, que el Poder Ejecutivo presenta anualmente al Congreso, deberá contener como mínimo:

- a) Los estados de ejecución del presupuesto de la Administración nacional.
- b) Los estados que muestran los movimientos y la situación del tesoro de la Administración central.
- c) El estado actualizado de la deuda pública interna, externa, directa e indirecta.
- d) Los estados contables y/o financieros de la Administración central.
- e) Un informe que presente la gestión financiera consolidada del sector público durante el ejercicio y muestre los respectivos resultados operativos, económicos y financieros.

La Cuenta de Inversión contendrá además comentarios sobre:

- a) El grado de cumplimiento de los objetivos y las metas previstos en el Presupuesto.
- b) El comportamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública.
- c) La gestión financiera del sector público nacional.

El Esquema o Cuenta Ahorro - Inversión - Financiamiento (AIF) es un estado financiero que reúne todos los flujos de ingresos y gastos. Su estructura facilita el aná-

lisis del impacto económico de la gestión gubernamental en la economía.

Para su confección es necesario que las transacciones se clasifiquen de acuerdo con su naturaleza económica, presentando los recursos y gastos ordenados en forma consistente con la estructura presupuestaria (cuenta corriente, de capital y de financiamiento).

Así, tenemos que los ingresos y gastos, ya sean corrientes o de capital, se exponen según su incidencia económica “sobre la línea”; en cambio, los conceptos que integran el financiamiento, que se exponen “bajo la línea”, están clasificados de acuerdo a su incidencia patrimonial.

Una virtud de este esquema es su flexibilidad, ya que pueden considerarse diversos universos institucionales, tipo de transacciones y momentos de registro de las operaciones. Podrá elaborarse considerando las distintas etapas de la ejecución de gastos y recursos (base presupuesto, en base caja, base devengado) mostrando así distintas instancias en la financiación de las operaciones.

En cuanto a su estructura, la propia denominación permite dividir los elementos que determinan el ahorro, la inversión y el financiamiento. Está compuesto por:

? La Cuenta Corriente: permite obtener un resultado corriente a partir de la diferencia entre ingresos corrientes y gastos corrientes, configurando un ahorro, en caso de ser mayor a cero, y un desahorro, en el caso contrario.

? La Cuenta de Capital: permite obtener un resultado de la Cuenta de Capital a partir de la diferencia entre recursos de capital y gastos de capital, configurando su saldo positivo una inversión y, por el contrario, una desinversión cuando el saldo resulta negativo.

? Sobre la línea: permite obtener el resultado financiero que surge de la diferencia entre ingresos totales y gastos totales (solo los corrientes y de capital), configurando un superávit o déficit cuando el saldo resulte positivo o negativo, respectivamente.

? La Cuenta de Financiamiento – Bajo la línea: explica cómo se financia ese resultado a partir de la exposición de las fuentes y aplicaciones financieras.



Cuando se convocó la Convención Constituyente allá por 1994 con la finalidad de reformar la Constitución Nacional, se expresó: “[...] la Cuenta de Inversión es un rubro muy importante para el Poder Legislativo porque es el modo de medir la eficacia de una gestión. Creemos que esto es muy importante porque el órgano legislativo, de acuerdo con nuestro sistema republicano de división de Poderes, no solamente tiene como misión hacer la ley sino que, además, debe fiscalizar y controlar al titular del Ejecutivo para advertir cuándo se está administrando mal [...]”.

El aprobar o desechar la Cuenta de Inversión tiene por objeto controlar la situación financiera y patrimonial del Estado.

El control financiero es propiamente el control referido a la ejecución del Presupuesto, al control del movimiento de fondos o de tesorería (proceso ingreso - gasto que caracteriza a la actividad financiera del Estado).

Por su parte, el control patrimonial consiste en verificar el aumento o la disminución del activo o del pasivo del Estado.

No queda excluida de esta fiscalización el control de gestión o de eficiencia, eficacia, economía y resultados; es decir, que no se excluye el control que muestra en definitiva el grado de cumplimiento de los objetivos. El control de gestión permite la participación del Congreso en la tarea de satisfacer el interés general, pues permite una mejor planificación y proyección contenida en el próximo Presupuesto, ya que a medida que se va ejecutando el Presupuesto se van efectuando ajustes, reajustes o correcciones que permiten o pretenden lograr una mayor eficacia en la actividad administrativa, optimizando el uso de los recursos y logrando la satisfacción de las necesidades públicas.

El aprobar o desechar la Cuenta de Inversión es una manifestación del control posterior ejercido por el Congreso de la Nación, aunque cabe aclarar que éste participa también de un control preventivo y de un control concomitante. El primero se materializa cuando cumple

C. Control.

una de las atribuciones constitucionales, “fijar, anualmente, el Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración nacional en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”. El segundo (control concomitante) se cumplirá con la interpelación a los funcionarios responsables.

La Cuenta de Inversión comprende el detalle de las transacciones cumplidas durante la gestión del ejercicio fiscal. Este concepto se confirma en el último párrafo del Artículo 85 de la Constitución Nacional al hacer referencia a la intervención necesaria de la Auditoría General de la Nación en “el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”, de manera que el examen de la Cuenta de Inversión es un eje central del accionar de este órgano externo de control, brindando un informe técnico al Congreso para que este efectúe las evaluaciones de la gestión realizada.

El órgano de asistencia técnica del Congreso, en tanto ente de control externo, deberá aplicar los procedimientos de auditoría adecuados de conformidad con los objetivos a alcanzar, brindando conclusiones que permitan al legislador pronunciarse sobre la aprobación o el rechazo de la cuenta.

El informe de la AGN constituye un antecedente necesario del dictamen que posteriormente deberá elaborar la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas. Estos dictámenes preceden al debate que culmina con la emisión del acto que expresa la voluntad del Poder Legislativo.

De los procedimientos más relevantes que aplica la AGN para revisar la Cuenta de Inversión podemos mencionar: la realización de pruebas globales sobre los resultados; la verificación de la existencia de diferencias entre el mensaje de elevación del Presupuesto con los créditos al inicio y al cierre, y lo ejecutado; la determinación del producto bruto y el nivel general de precios durante el período; evaluación del comportamiento de las variables de ingresos y gastos, entre otros.



En la Cuenta de Inversión se reflejan las rendiciones de cuentas del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, se exponen resultados físicos y financieros de la gestión realizada por el conjunto de la Administración pública nacional mediante la ejecución de los fondos previstos en el Presupuesto Nacional. Ella permite, entonces, efectuar el análisis de los resultados financieros, con base en las cuentas y los registros que conforman la contabilidad general de la Nación, y el análisis de los resultados físicos, en base al seguimiento periódico del cumplimiento de las metas de producción pública de bienes y servicios.

Para la formulación del Presupuesto, es necesario contar con la Cuenta de Inversión del último ejercicio ejecutado. Sobre la base de esta afirmación, nos encontramos ante una situación de debilidad ya que, históricamente, el tratamiento de la Cuenta de Inversión en el Congreso Nacional no ha seguido el lineamiento temporal establecido por la normativa.

En este sentido, y teniendo en cuenta las distintas etapas que debe atravesar la Cuenta de Inversión, desde su preparación por parte de la Contaduría General hasta su aprobación por parte del Poder Legislativo, se torna sumamente necesario el esfuerzo conjunto de todos los organismos intervinientes a fin de evitar que la “Cuenta de Inversión” sea percibida por la sociedad como un instrumento desactualizado que, a causa de la falta de oportunidad contenida en sus conclusiones, no solo no informe adecuadamente a los ciudadanos, sino que además, no pueda ser utilizada como una herramienta informativa para la toma de decisiones por parte de aquellos que tienen un compromiso y una responsabilidad al respecto.

Coincidimos con Cassagne cuando afirma que “las demoras en que incurre el Congreso en aprobar la Cuenta

Conclusión.

de Inversión no se justifican en un Estado de Derecho”.

Esta apreciación negativa en cuanto a la extemporaneidad en el tratamiento de la rendición de cuentas no contribuye a mejorar el círculo virtuoso que se generaría si, sobre la base de una Cuenta de Inversión aprobada, se piensa en el Presupuesto que se ejecutará en el próximo ejercicio.

Consideramos que la rendición de cuentas no puede ser solo un tema de entendidos, la sociedad toda debe conocer esta institución, es un derecho que se tiene de conocer la magnitud de la actividad financiera del Estado y, en última instancia, hace al interés del conjunto de la sociedad.

El acceso a la información pública se ha convertido, en el último tiempo, en uno de los reclamos más fuertes por parte de la sociedad civil, dado las dificultades que la ciudadanía generalmente confronta para acceder a información pública de manera fácil y comprensible. El concepto de transparencia surge como una importante condición para el ejercicio de la rendición de cuentas.

El vínculo entre el poder político y la ciudadanía debe contar con mecanismos que permitan una interacción que asegure que los gobiernos respondan a los intereses de sus representados.

Por último, y tal como se expresó al inicio, “la Cuenta de Inversión resulta tan importante como el Presupuesto Público Nacional”; es por ello que quienes han sido encomendados para ejecutar tan importante tarea, no solo tienen la obligación de realizarla con la excelencia que amerita sino que, además, deben acercar esta información a la sociedad en forma clara, oportuna y consistente, teniendo como finalidad fortalecer el sistema democrático en base a la transparencia en la gestión pública, ya que no debe olvidarse que es el pueblo el que, en última instancia, delibera y gobierna a través de sus representantes. *

INTRODUCCIÓN A LOS INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU INCLUSIÓN EN LA ESTRUCTURA FUNCIONAL DEL ESTADO ARGENTINO

“[...] Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella, Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción, Convencidos asimismo de que la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones [...]”.

(Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción - Preámbulo)

Teniendo en cuenta la sección que nos ocupa efectuaremos una breve introducción al tema de la lucha contra la corrupción. El mismo será desarrollado y profundizado en las posteriores emisiones de este Boletín, con el fin de introducir al lector en la compleja temática que abordaremos.

La lucha contra la corrupción ha sido una preocupación constante desde la década del setenta, pero es recién en la década del noventa cuando el tema adquiere una mayor relevancia a nivel internacional.

Partimos de la premisa de que existen ciertas conductas de los individuos que trascienden el ámbito nacional y pueden llegar a afectar la órbita supranacional. No solamente cuando nos referimos a los Derechos Humanos o a

Responsable:

Dra. Cecilia Bertolé

Coordinadora:

Dra. Gabriela C. Taberero

los Delitos Internacionales, sino también a actuaciones concretas de personas que se encuentran investidas de una función político gubernamental y cuyas decisiones determinan el obrar de los Estados. Muchas veces las personas que cuentan con estas potestades efectúan un abuso de sus funciones y generan consecuencias desafortunadas para el Estado y los individuos.

Es en este nuevo marco de concepciones donde “[...] comenzó a gestarse la certeza de que, para combatir eficazmente la corrupción, se hacía imprescindible una base de acuerdos multilaterales, que abrieran las puertas para una serie de Convenios Internacionales en materia anticorrupción”¹.

A. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC).

La Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) fue adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 29 de marzo de 1996. Constituye la primera Convención en la materia, tanto por sus contenidos específicos como por su misma naturaleza, ya que es la primera vez que se crea una norma continental para regular una materia que hasta entonces estaba reservada al derecho interno.

Esta Convención fue adoptada en el marco de la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción realizada en la ciudad de Caracas. Entró en vigor el 6 de marzo de 1997. Cumple un papel muy importante en el sistema interamericano al establecer los medios de cooperación indispensables en la lucha internacional contra la corrupción. Si bien tiene un corte penal en cuanto a su redacción,

¹Oficina Anticorrupción, “Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global)”, Serie Estrategias para la Transparencia, Buenos Aires, Edit. OA Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2004. 

genera una profunda influencia en el ámbito administrativo.

La República Argentina ha firmado y ratificado la Convención por medio de la Ley N° 24.759 (publicada en



En el ámbito internacional también contamos con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Este instrumento surge en diciembre del año 2003, siete años después de la Convención Interamericana en la misma materia.

En el año 2000, con posterioridad al dictado en el ámbito internacional de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional (DOT), que hacía referencia en sus Artículos 8° y 9° a la lucha contra la corrupción, los Estados en el marco de la Asamblea General (ONU) manifestaron la necesidad de contar con un instrumento que hiciera referencia a esta temática de forma específica.

Es así que por Resolución N° 55/61² le encomienda al Secretario General de la organización la formación de un grupo de expertos a los efectos de elaborar un proyecto que sirviera como base para la concreción de un instrumento internacional.

La República Argentina efectuó importantes aportes al texto de la Convención abarcando temas tales como el



Las Convenciones reseñadas precedentemente establecen que de acuerdo a nuestra organización interna debemos poner en marcha órganos de prevención y sanción de la corrupción.

Así la CICC dispone en su Artículo III: “Medidas preventivas. A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: [...] 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir,

el Boletín Oficial el 17 de enero de 1997). El 9 de octubre de 1997, el Poder Ejecutivo Nacional depositó el instrumento en la Secretaría General de la OEA. De esta manera, la Convención entró en vigencia en nuestro país el 7 de noviembre de 1997.

B. Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC).

acceso a la información pública, la participación de la Sociedad Civil en los procesos de decisiones públicas, etc. Estos temas serán abordados en futuras ediciones del Boletín.

La Convención de la Organización de Naciones Unidas fue adoptada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York y entró en vigencia el 14 de diciembre del año 2005.

La ratificación de este instrumento en nuestro Estado se produjo mediante la aprobación por parte del Congreso de la Nación de la Ley N° 26.097 (publicada en el *Boletín Oficial* el 9 de junio de 2006).

El impacto jurídico y político que han tenido estas normas en nuestro país ha sido resaltado por importantes doctrinarios, tales como el Dr. Gordillo, quien lo menciona como “el acontecimiento institucional más importante” y que ha generado un “[...] corte transversal de las instituciones de derecho administrativo”³, ocurrido con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

C. Influencia de los instrumentos internacionales en la formación de órganos específicos a nivel provincial (Estado Argentino).

detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas”.

Por su parte la CNUCC establece en su Artículo 6°: “Órgano u órganos de prevención de la corrupción. 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como: a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el Artículo 5° de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas; b) El aumento y la difusión

²Resolución N° 55/51 AS www.un.org

³Gordillo, Agustín, “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción”, *La Ley*, T. 1997, Sec. Doctrina, pp. 1091 a 1112.

de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción. 2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones. 3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción”.

A partir del compromiso asumido a través de la ratificación de los instrumentos mencionados, Argentina debería haber puesto en marcha organismos de prevención y lucha contra la corrupción en sus diversos niveles de gobierno. Analizada la realidad de las 23 provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Nación, se advierte que son escasos los organismos, actualmente en funcionamiento, que cuentan con las competencias mencionadas.

A grandes rasgos podemos mencionar que en las provincias de Córdoba, Mendoza, Tierra del Fuego y Entre Ríos, las funciones en cuestión han sido asignadas a las Fiscalías de Estado (con las limitaciones en cuanto a independencia y especialización que ello puede implicar). Por su parte, la provincia de Chubut cuenta con una Oficina Anticorrupción en el ámbito del Poder Legislativo y Santa Fe creó recientemente la Dirección Provincial Anticorrupción y Transparencia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Únicamente Chaco, La Pampa y Río Negro cuentan con Fiscalías de Investigaciones Administrativas, reguladas legalmente la primera y constitucionalmente las dos últimas.

A nivel Nacional contamos con la Oficina Anticorrupción y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

En la órbita local, existen organismos anticorrupción en los municipios de Rosario, Provincia de Santa Fe (Dirección de Investigaciones Administrativas); de Morón (Oficina Anticorrupción) y La Matanza (Oficina Anticorrupción), ambos de la Provincia de Buenos Aires. El resto de las jurisdicciones carecen de estos organismos. Cabe señalar que no todas las provincias que han puesto en marcha estos organismos tienen órganos que cumplan simultáneamente las funciones de prevención e investigación. Es decir, algunos cumplen únicamente funciones preventivas y otros tienen exclusivamente competencia investigativa.

Teniendo en cuenta nuestra organización federal, la ausencia generalizada de organismos de control de la corrupción y la debilidad institucional de algunos de los existentes, el panorama nacional es desalentador.

Por este motivo, es elemental que se asigne a un órgano específico la competencia para que planifique y aplique las estrategias y políticas en la materia, y otorgar al mismo órgano, o a otro, facultades investigativas/punitivas. Sin un órgano con las competencias señaladas, con autonomía e independencia, cualquier otra herramienta que se intente implementar se verá frustrada, si se carece de entidades que verifiquen la aplicación de las mismas e investiguen y sancionen su incumplimiento.

Uno de los ejes principales en la lucha anticorrupción es la puesta en marcha de estos organismos. Resulta necesario persuadir a las jurisdicciones que no cuenten con los mismos para que promuevan su creación de acuerdo a los parámetros de las convenciones internacionales adoptadas por la República Argentina. Para cumplir adecuadamente con las funciones de prevenir, detectar, promover la sanción y erradicar la corrupción y las conductas administrativas irregulares, conforme nos hemos comprometido internacionalmente.

Asimismo consideramos que se debe promover y fortalecer el desarrollo de los órganos de las jurisdicciones que ya los tienen en marcha, como así también la adecuación a los estándares fijados en la Convención Interamericana Contra la Corrupción y en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción en aquellas provincias que tengan estructuras que no reúnan las condiciones allí exigidas. 

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA

¹Abogado y especialista en Derecho Administrativo.

Es docente por concurso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, en la materia Derecho Administrativo. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano de Rosario. Doctorando de la Universidad de Salamanca, España, en el Programa "Aspectos Jurídicos y Económicos de la Corrupción", obtuvo la suficiencia investigadora en derecho administrativo en la misma universidad. Se desempeña actualmente como: Titular de la Dirección Provincial de Anticorrupción y Transparencia del Sector Público dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe, República Argentina. Asimismo, y como titular de la Dirección de Anticorrupción y Transparencia del Sector Público de la Provincia de Santa Fe, se desempeña como Autoridad de Aplicación del Sistema de Accesos a la Información Pública creado por el Decreto del Poder Ejecutivo N° 692/2009 de la Provincia de Santa Fe. Miembro del Consejo Directivo del "Foro Permanente de Fiscalías de Investigaciones Administrativas y Oficinas Anticorrupción de la República Argentina", estando a su cargo la Presidencia del Foro. Presidente de la "Comisión Inter-jurisdiccional sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo" de la Provincia de Santa Fe. Ha participado en múltiples congresos, como asistente y conferencista.

Paulo Friguglietti¹

A. El acceso a la información pública como política pública.

Reconocer un derecho implica asumir una determinada posición política en orden al objeto que el mismo refiere. Como sea, no es suficiente el reconocimiento de un derecho para que este, sin más, pueda hacerse efectivo. Ni siquiera es suficiente el dictado de una norma jurídica para ello, ya que por sí misma nada resuelve. Se requiere, indudablemente, de implementación. Y para que esta implementación sea posible, se requiere previamente de un diseño normativo adecuado que así lo permita.

Si del derecho de acceso a la información pública estamos hablando, su reconocimiento por el Estado como un derecho fundamental de los ciudadanos y además como una herramienta de participación ciudadana en el control de la gestión de gobierno no puede quedar como un simple reconocimiento de índole normativo.

Nuestro país, como todos aquellos signatarios de la Convención de la ONU contra la corrupción, está obligado a algo más que ello.

Este instrumento internacional, aprobado por Ley N° 26.097, establece en su Artículo 13, inc. b), lo siguiente:

te: "Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes: b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información".

Como dijimos, no puede garantizarse dicho acceso simplemente desde la sanción de una norma, sino que el acceso a la información pública debería ser abordado en consecuencia como una Política Pública, entendiendo ello como: "Cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática, los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado" (Eugenio Lahera).



Abordar el acceso a la información pública como una Política Pública del Estado exige identificar sus diferentes etapas: origen, diseño, gestión y evaluación. Cada una de ellas puede estar en constante perfeccionamiento, avance o retroceso.

Tomamos en este apartado, para relacionarlo con los organismos de control existentes dentro del Estado y vincularlo con el tema del acceso a la información pública, las etapas del diseño, gestión y evaluación de esta política².

El diseño de una política de acceso a la información pública, desde un plano estrictamente normativo, debería abarcar tres dimensiones:

a) La dimensión sustancial: refiere a la regulación, por parte del texto normativo, de los aspectos sustanciales que hacen al ejercicio del derecho de acceso a la información pública: definición del concepto de información pública, la legitimación para ejercer el derecho (legitimación activa), quiénes son los sujetos obligados (legitimación pasiva), cuáles son las excepciones que impiden el acceso, los principios generales del sistema,



Se trata de un aspecto que no debiera soslayarse en ninguna legislación que regule el mecanismo de acceso a la información pública, y consiste en prever órganos administrativos con competencias específicas tendientes a promover la implementación y el control de cumplimiento de la ley.

En algunos casos, estos órganos son creados específicamente y con funciones claras de control, dándoseles incluso facultades jurisdiccionales de resolución de los conflictos que puedan presentarse, con un férreo objetivo de garantizar el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos, pudiendo dar como ejemplos más desarrollados en nuestro continente el Instituto de Acceso a la Información Pública (México³) y el Consejo para la

²La etapa del origen podría estar vinculada a otros estamentos gubernamentales, aquellos donde se toman las decisiones políticas de llevar a cabo o no una medida.

³Art. 33 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental: “El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública es un órgano de la Administración pública federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades”.

Diseño y gestión.

efectos del silencio, las obligaciones de transparencia activa, entre otros.

b) La dimensión procedimental: refiere a la regulación, por parte del texto normativo, de los aspectos del procedimiento en base al cual deben sustanciarse los pedidos de acceso a la información, como asimismo las acciones de los órganos de gobierno tendientes a cumplir con ello y con las demás obligaciones de transparencia que se establezcan desde la dimensión sustancial, a saber: modo de presentación de la solicitud, requisitos que deben cumplirse para la presentación, lugar de presentación, plazo de respuesta, vías reclamatorias tanto desde el punto de vista de la administración como desde el plano judicial ante el caso de denegación, plazos de respuesta.

c) La dimensión orgánica: refiere a la determinación de órganos específicos con competencias tendientes a asegurar el cumplimiento e implementación de las normas que regulan el sistema.

Nos referiremos a esta última ya que es la que establece una vinculación entre organismos de control y acceso a la información pública.

B.1. La dimensión orgánica.

Transparencia (Chile⁴); tratándose en ambos casos de órganos independientes, con plena autonomía de los sujetos controlados, incluso con andamiaje constitucional en el caso de México, conforme fue incorporado en el Artículo 6º de la Constitución Mexicana luego de la reforma operada en el año 2007⁵.

En otros casos, los órganos que se prevén poseen más bien competencias para promover la implementación de los sistemas de acceso a la información regulados en las respectivas normas, y carecen en tales casos de autonomía ya que por las características propias de dichas funciones se encuentran ubicadas en el ámbito del Poder Ejecutivo, reconociendo una vinculación de jerarquía con el mismo, siendo ejemplos de ello a nivel internacional dentro de

⁴Art. 31 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información (Ley N° 20.285): “Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio [...]”.

⁵Art. 6º: “[...] Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la federación, los estados y el distrito federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: [...] IV: Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión”.

nuestro continente la Unidad de Acceso a la Información Pública (Uruguay⁶), el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción (Bolivia⁷); y, en el ámbito nacional, la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno Nacional (Argentina⁸) y la Dirección Provincial de Anticorrupción y Transparencia del Sector Público dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Provincia de Santa Fe, Argentina⁹).

Debemos advertir la importancia de prever esta dimensión en el marco de una Política Pública de Acceso a la Información, estableciendo organismos con competencias específicas y experticia suficiente en la materia como para llevar adelante el proceso de implementación de dicha política, actuando en la gestión

de la misma y su evaluación, además de darle competencias para su control de cumplimiento, ya sea al mismo organismo o a otro diferente con diseños institucionales de mayor autonomía para este último caso.

No es lo que sucede en nuestro país, en donde solo dos jurisdicciones, la del Estado Nacional y la de la Provincia de Santa Fe, prevén expresamente la atribución de estas competencias a organismos específicos¹⁰.

La inexistencia de esta dimensión orgánica en el concierto de la normativa subnacional sobre acceso a la información pública es un punto negativo, ya que implica la ausencia de implementación y como consecuencia de ella el desconocimiento del público de la posibilidad de ejercer el derecho como asimismo y con un efecto tan contrario a la transparencia, el desconocimiento de los propios agentes de la Administración.

 ⁶ Art. 19 de la Ley de Acceso a la Información Pública (Ley N° 18.381): “Créase como órgano desconcentrado de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), dotado de la más amplia autonomía técnica, la Unidad de Acceso a la Información Pública [...]”. En el Art. 21 se mencionan sus competencias, comenzando por decir: “El órgano de control deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la presente ley [...]”.

 ⁷ Art. 3° del Decreto Supremo N° 214/2009 que aprueba la Política Nacional de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción (PNTLC): “El Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción es responsable de la implementación, coordinación, seguimiento y evaluación de la ejecución de la PNT, en todas las entidades e instituciones parte del Estado Plurinacional”.

 ⁸ Art. 18 del Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional (incorporado como Anexo VII del Decreto N° 1.172/2003 del Poder Ejecutivo): “La Autoridad de Aplicación del presente reglamento es la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros, quien tendrá a su cargo verificar y exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mismo”.

 ⁹ Art. 30 del Decreto N° 692/2009 del Poder Ejecutivo Provincial que regula el mecanismo de acceso a la información pública: “Sin perjuicio de las funciones que se le atribuyen en la presente norma, la Dirección Provincial de Anticorrupción y Transparencia del Sector Público dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia será la autoridad de aplicación de la presente norma y tiene a su cargo: a) Verificar y exigir el cumplimiento de la presente norma. b) Recibir denuncias en relación a su incumplimiento e informar a las autoridades correspondientes. c) Realizar recomendaciones para el mejor funcionamiento del sistema. d) Intervenir, cuando así le fuera requerido o de oficio si lo considerase oportuno, en los trámites de acceso a la información a fin de dictaminar y/o evacuar consultas sobre aspectos que se susciten atinentes al presente decreto. Las misiones y funciones referidas son complementarias a las establecidas por Decreto N° 1.882/2008”.

¹⁰ Debemos señalar que existen experiencias exitosas asimismo a nivel Municipal como lo es el caso de la Municipalidad de Morón, Provincia de Buenos Aires. 



En este breve relato hemos tratado de poner de manifiesto que las normas vigentes sobre acceso a la información pública no garantizan por sí mismas el real ejercicio del derecho, ni la promoción de la transparencia dentro del Estado, ni su funcionamiento como una herramienta de participación ciudadana y prevención de la corrupción.

Se requiere que se atribuyan competencias de implementación y control a órganos específicos con experiencia en la materia.

Un tema aparte, y que constituye otro aspecto de lo dicho anteriormente, será el diseño institucional de dichos órganos, en el sentido de si a los mismos se les atribuirá o no autonomía, si se atribuirán solamente funciones en tal sentido a órganos ya existentes, si sus competencias serán

C. Conclusiones.

solo de implementación o si además se añadirán las de control, si tendrán o no facultades de resolución de los conflictos y en su caso de aplicar sanciones, etc. Se trata en definitiva del diseño institucional que se pretenda dar. Con lo dicho se ha querido esbozar apenas una introducción al tema, poniendo de manifiesto la deficiencia que implica la inexistencia de la dimensión orgánica, y planteando la necesidad de implementación definitiva a nivel normativo de esta dimensión orgánica en el derecho argentino, a fin de asegurar de este modo una real existencia del acceso a la información pública, no solo como instrumento de participación ciudadana y herramienta de prevención de la corrupción sino también como derecho instrumental que permite y/o posibilita el ejercicio de otros derechos fundamentales. 

Bibliografía sugerida.

Responsable:

Dra. Melania Alonso

Destacada.

AA VV,
**“IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario
y II Jornadas Provinciales de Control Público”.**

Publicado con motivo de la realización del IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, organizado por nuestro Centro conjuntamente con el Tribunal de Cuentas de la Provincia de La Pampa y el auspicio de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario y Ediciones Rap, los días 12 y 13 de abril de 2012 en la Ciudad de Santa Rosa, Provincia de La Pampa.

La obra reúne los textos de las disertaciones de los conferencistas entre los que se destacan prestigiosos profesores extranjeros –Colombia, México, Venezuela, Brasil, España– y de nuestro país, acompañado de cuatro estudios especiales preparados por integrantes del CGPYR.

Índice

Profesores extranjeros invitados: “Mérito, profesionalización e idoneidad de los servicios públicos” y “Merecimiento, professionalizacáo e idoneidad do servidor público”, por Raquel Dias da Silveira. “Negociacáo colectiva dos servidores públicos”, por Florivaldo Dutra de Araújo. “Relevancia y características del control interno de la función pública”, Martha L. Bautista Cely. “El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma”, por Carlos A. Gómez Pavajeau. “La importancia institucional del derecho disciplinario en el siglo XX”, por Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. “Los principios generales del derecho administrativo y su aplicación concreta a la actuación de los empleados públicos”, por Marta Franch y Adrián Herbello. “La suspensión provisional como medida precautoria en el procedimiento disciplinario en México”, Francisco Guerrero Piñera. “Efectividad de la potestad disciplinaria como instrumento de la transparencia pública”, por Eleazar Pablo Moreno Moreno. “Límites formales de la Potestad Disciplinaria por la sujeción al Principio de Legalidad Sancionatoria y a las garantías fundamentales de los agentes públicos”, por Carlos L. Carrillo Artiles. Profesores nacionales invitados: “Responsabilidad del Estado y confianza legítima”, por Oscar Cuadros. “Prerrequisitos institucionales del control de la Administración”, por María Angélica Gelli. “El control social”, por Pablo Á. Gutiérrez Colantuono. “El deber ser de la gestión pública: responsabilidad y rendición de cuen-

tas”, por Miriam M. Ivanega. “Responsabilidad del Estado por una administración ineficiente (con especial referencia a la dilación indebida de los procedimientos administrativos)”, por Leonardo Massimino. “Responsabilidad de los funcionarios: la importancia del principio de cooperación”, José R. Sappa. “Magistratura judicial y responsabilidad disciplinaria”, por Domingo J. Sesin. “El sistema de control externo en la República Argentina”, por Miguel Terraf y “Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario del sector público nacional”, por Eduardo Mertehikian. Otros estudios: “El acceso a la información y las leyes reservadas. Su necesaria compatibilidad”, por María Laura Alfonso. “Crisis del control público, ¿reflejo de la crisis del sistema republicano de gobierno?”, por Sandra Eizaguirre. “Transparencia y acceso a la información pública”, por Eduardo Sbriz. “Responsabilidad del Estado por el ejercicio de potestades de control. Análisis desde el ámbito aduanero” por Mary Schurig.

Editorial: Rap S.A.
Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública
-Rap- N° 403 (Abril 2012), 1ra. Edición, Buenos Aires, 2012.
Páginas: 368.

**Obras recomendadas.****IVANEGA, Miriam Mabel**

Mecanismos de control público y argumentos de responsabilidad. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, República Argentina, 2003.

Apuntes sobre los servicios públicos y sus controles administrativos. Sherwood, Caracas, Venezuela. 2006.

Las relaciones de empleo público, La Ley, Buenos Aires, 2009.

Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009.

ALFONSO, María Laura

Régimen de Nacionalización de Empresas Privadas, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2009.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo

Derecho administrativo del Comahue: Capítulos Neuquén y Río Negro, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2012, 176 pp.

MATA, Ismael

Ensayos de Derecho Administrativo, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2009.

MERTEHIKIAN, Eduardo

Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2007.

AA VV

Cuestiones de Control de la Administración Pública Administrativa, Legislativo y Judicial (Facultad de Derecho de la Universidad Austral, período 2009), Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2010.

Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento (Facultad de Derecho de la Universidad Austral, período 2010), Ediciones Rap s.a. Buenos Aires, 2011.

Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público (Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, período 2011), Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2012, 598 pp.

Próximas Actividades Académicas en Argentina.

Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo “Ética y Gestión Pública”

Organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Rosario. Fecha: 15, 16 y 17 de agosto de 2012. Lugar de realización: Rosario, provincia de Santa Fe.

XXXVIII Jornadas Nacionales
y VIII Congreso Internacional de
Derecho Administrativo
“Persona, procedimiento, proceso
y contratos administrativos”

Organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y el Gobierno de la Provincia de Córdoba. Fechas: 31 de octubre, 1° y 2 de noviembre de 2012. Lugar de realización: Ciudad de Córdoba. Informes e inscripción: AADA Sede: Sarmiento 1230, 1° piso, Ciudad de Bs. As. Tel/fax: 4382-0531/6328. Mail: info@aada.org.ar/ secretaría@speedy.com.ar.

Carreras de posgrados y actividades académicas en el exterior.

España

Máster en Administración y Gerencia Pública, organizado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) de España en colaboración con la Universidad de Alcalá y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) del gobierno de España. Convocatoria abierta para el curso 2012-2013. Para más información:
<http://www.inap.map.es/web/guest>

Oferta de Maestrías Universitarias de la Universidad Complutense de Madrid: Máster Universitario en Derecho Público, Máster Universitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario, Máster Universitario en Medio Ambiente: Dimensiones Humanas y Socioeconómicas. Asimismo, conjuntamente con el Instituto de Derecho Parlamentario ofrece el Máster y Doctorado en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos. (Modalidad: semipresencial).
Para más información: <http://www.ucm.es>

Máster Universitario en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid. La carrera se desarrolla a lo largo de un primer curso académico de dos cuatrimestres y un segundo curso académico de un cuatrimestre. El inicio del calendario académico 2012/13 está previsto para septiembre 2012.
Para más información: <http://www.uc3m.es>

Máster Universitario en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y Doctorado en Gobierno y Administración Pública del Instituto Universitario de Investigación

Ortega y Gasset y Gregorio Marañón (Curso 2012/2013). Para visualizar toda la oferta académica pueden visitar: <http://www.ortegaygasset.edu/fog/ver/13/programas-de-postgrado>.

III Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas. Organizado por el Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas. Lugar y fecha: Madrid, 27 y 28 de septiembre de 2012. Para más información: <http://www.gigapp.org>.

Italia

Máster in Global Rule of Law & Constitutional Democracy (Estado de Derecho global y Democracia constitucional) de la Universidad de Genoa, noviembre 2012 / octubre 2013 (semipresencial). Están previstas 10 becas de estudio. Para más información: <http://bit.ly/Mc5jZ7>

México

Maestría en Derecho y Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (Inicio: agosto 2012 / Duración: cuatro semestres). Asimismo, el Programa Único de Especializaciones en Derecho cuenta con una oferta de dieciocho Carreras de Especialización, destacándose entre otras las Especializaciones en Derecho Administrativo, en Derecho Constitucional, en Derecho Financiero, en Derecho Fiscal, en Derechos Humanos. (Inicio: agosto 2012 / Duración: tres semestres). Para más información: <http://www.posgrado.unam.mx>.

Curso Internacional de Actualización en Derecho Administrativo de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México, impartido por profesores de diversos países de Iberoamérica. Otorga el título de Diploma de Experto en Derecho Administrativo. Fecha: del 24 de julio al 9 de agosto de 2012. Para más información: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/cursoadmin2012/>

Brasil

Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, organizado por el Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Lugar y fecha: Vitória, del 19 al 21 de noviembre de 2012. Para más información <http://ibda.com.br/> 