

# CGPYR

*magdigital*



Nº3



## 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



En esta nueva edición del Boletín Digital, el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad –CGPyR– una vez más reafirma su compromiso de acercar a los ciudadanos el conocimiento de sus derechos individuales y colectivos, de la mano de un amplio grupo de profesionales especialistas en distintas áreas del derecho, permitiendo a sus asociados una permanente información actualizada sobre legislación, jurisprudencia y doctrina.

No podemos dejar de recordar que la Gestión Pública es el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades públicas tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los que están enmarcados por las políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo, y este Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad –CGPyR– nos explica y muestra las distintas acciones llevadas adelante en el marco nacional y provincial, a través de una participación activa y permanente con actividades de difusión y capacitación a través de distintos medios.

Ante la extensión de cada boletín digital, Ud. Sr./Sra. asociado/a podrá valorar la labor desinteresada de los profesionales que acompañamos este proyecto de comunicar e interpretar los alcances de la gestión pública, además de fomentar el intercambio de opiniones que buscan la generación de ideas que permitan un avance en este compromiso asumido.

Por todo lo expresado, un sincero agradecimiento a todos los asociados del CGPyR que nos acompañan permanentemente a través de sus aportes y apoyo a los distintos proyectos que surgen del centro, permitiendo de esta manera su concreción.

Y poniendo el corazón en lo que hacemos, todos los integrantes del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad les deseamos muy feliz navidad y próspero año nuevo y que las próximas páginas sean de utilidad a todos los lectores.

*Cristina Mansilla*

# LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO DEL ESTADO FEDERAL Y LOCAL

Laura Fiore

## Algunas aproximaciones

El tema que analizaré supone hacer una breve referencia acerca de qué son las medidas cautelares en la esfera del derecho administrativo y, luego, analizaremos su régimen en el ámbito de la Justicia Federal y de la Ciudad de Buenos Aires.

Estas medidas, reguladas en los códigos de forma, tienen una principal característica que es la urgencia, razón por la cual, el magistrado luego de comprobar que se encuentran acreditados los extremos necesarios, y sin mediar audiencia alguna, la otorga sin más trámite.

El propósito de estas medidas urgentes está dirigido a prescindir que el derecho o el interés que el recurrente intenta hacer valer ante la justicia se pierda o se vea menoscabado a raíz de los extensos plazos que exigen los procesos ordinarios, anticipando de ese modo la garantía jurisdiccional.

Así, los fundamentos y fines de la tutela cautelar permiten perfilar la providencia cautelar como un anticipo de la garantía jurisdiccional, con un contenido que corresponde, parcialmente, a ciertos efectos de la providencia principal<sup>1</sup>.

## Requisitos.

Estas medidas decretadas *inaudita parte*, tanto en los Tribunales de la Ciudad como en el ámbito de la Nación, exigen como recaudos para admitir las medidas cautelares la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Cabe destacar que el Código Contencioso Administrativo y Tributario mantiene una diferencia con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y es que, no anuncia en ninguna norma específica la obligación de dar una contracautela.

Ambas, tanto en el Artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativo como en el Artículo 189 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, prevén la suspensión en caso de afectación al interés público

Ahora bien, respecto de la prestación de la contracautela, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires instituye que “[...] no pueden exigirse fianzas, cauciones o contracautelas que tornen ilusorio el derecho que se pretende hacer valer”<sup>2</sup>.

### a) Verosimilitud del derecho.

Comúnmente se lo conoce con la expresión “*fumus bonis iuris*” (*humo del buen derecho*), supone que el magistrado, con los hechos que alega el peticionante y a la luz de los elementos que agrega para acreditar los extremos invocados, trasciende de la “mera posibilidad”, en el adelantado conocimiento de la cuestión, para situarse en una “verdadera probabilidad” de la existencia del derecho en el que se funda la pretensión y sobre su pertinencia<sup>3</sup>.

El Juez que entienda en la causa, dada la urgencia natural de estas medidas, no llega a tener un conocimiento total de la situación, al recurrente sólo se le exige que demuestre que el derecho que pretende sea verosímil. Tener una comprensión acabada de la situación sería desnaturalizar la medida cautelar y extenderse a un proceso ordinario, con todo lo que ello conlleva.

<sup>1</sup>Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1945, p. 140.

<sup>2</sup>Ley N° 7, Art. 6°, segundo párrafo.

<sup>3</sup>García Pullés, Fernando, “*Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006.

Pero ¿qué es demostrar que “el derecho es verosímil”? La cognición de los hechos es en grado de apariencia y no de certeza. Esto quiere decir que no es necesario demostrar terminantemente y de pleno derecho su acreditación, ya que se debe demostrar que la verosímil presunción de lo que se pretende es probable.

En cuanto a los requisitos exigidos por la normativa, el más Alto Tribunal Constitucional, en una disidencia parcial realizada por la Dra. Carmen M. Argibay, dice: “La existencia de verosimilitud y el peligro irreparable en la demora debe examinarse con particular estrictez, pues en el caso de concederse la tutela preventiva, se derivarían de ella los mismos efectos que los de la pretensión que constituye el objeto del litigio, sin que se advierta por el momento sin perjuicio de futuras modificaciones de las actuales circunstancias una situación de hecho que pueda influir en el dictado de la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible”<sup>4</sup>.



Otro de los elementos de la columna vertebral de las medidas cautelares es el peligro en la demora o como se lo conoce “*periculum in mora*”.

Debe acreditarse que es urgente que el Juez otorgue la medida solicitada; que de no ser así, el perjuicio que ocasionaría sería de irreparable reparación ulterior.

Para que se encuentre configurado el peligro en la demora, no alcanza con la sola manifestación de tal extremo expresado por el peticionante como nos enseña Podetti; el peligro, aunque se admite su prueba *prima facie*, debe ser objetivo, es decir, no un simple temor o

Al respecto la Cámara Contencioso Administrativa Federal, tomando la doctrina emanada de la Corte Suprema, estableció “Las medidas cautelares no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (*Fallos*: 323:3277 y 3326; 326:2741 y 4888; 327:4301); y por los mismos motivos tampoco proceden las medidas de no innovar (*Fallos*: 329:789, entre muchos otros).

La presunción de validez debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas, obliga en los procesos precautorios a una severa apreciación de las circunstancias del caso y de los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar<sup>5</sup>.

La doctrina mayoritaria (entre ellos Gordillo, Marienhoff, Fiorini, Linares, Mairal) sostiene que la presunción de legitimidad o de validez de los actos administrativos no constituye un principio absoluto sino relativo, es decir, que ella cede ante aquellos actos que presentan vicios graves y manifiestos.

### **b) Peligro en la demora.**

aprensión del solicitante sino derivado de hechos que pueden ser apreciados en sus posibles consecuencias aun por terceros<sup>6</sup>.

El *periculum* debe probarse adecuadamente, exponiendo las razones por las cuales es menester conceder el anticipo jurisdiccional, provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo señalen<sup>7</sup>.

El Artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial expresa que “se considera que hay peligro en la demora toda vez que exista fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial del derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable”.

<sup>4</sup>CSJN, *Fallos*: 330:1268.

<sup>5</sup>Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Farmacity S.A. –Inc Med. (20-V-11) c/ EN-M° Salud de la Nación- Resolución N° 485/11 s/ Proceso de conocimiento”, 14-8-2012.

<sup>6</sup>Podetti, Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1956, p. 81.

<sup>7</sup>*Op. cit.*





Es la caución que el magistrado le exige al recurrente para el otorgamiento de la medida cautelar peticionada, que consiste en las costas y daños y perjuicios que pudiera ocasionarse en ocasión de que la medida fue solicitada sin derecho.

Hay dos tipos de contracautela: la real o la juratoria.

En toda petición cautelar, el juez que entienda en la causa debe fijarla. La misma se limita a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ella se sigan. La contracautela, que se funda en el principio de igualdad, reemplaza en cierta medida a la bilateralidad de la controversia, pues asegura al actor un derecho no actuado, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera o no llegara a actualizarse<sup>8</sup>.



“Las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar los efectos de la condena y evitan que el tiempo que insume el trámite de la acción hasta el dictado de la sentencia limite el alcance de la tutela judicial”<sup>10</sup>.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, también se encuentran reguladas las medidas cautelares, así el Artículo 177 del Código las regula –en forma genérica y su texto dice: “[...] son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado[...]”.

A continuación establece que las mismas pueden ser solicitadas antes, simultáneamente o después de deducida la demanda [...] <sup>11</sup>.

En cuanto a la verosimilitud del derecho solo requiere la comprobación de la apariencia del derecho –invocado por el actor –*fumus bonis iuris*, agregándose también que deben arrimarse los elementos idóneos para producir la convicción en el ánimo del tribunal sobre la apariencia, certeza o credibilidad <sup>12</sup>.

### c) *Contracautela.*

Una vez concedida la medida cautelar, el magistrado deberá fijar el tipo de caución, que graduará dependiendo de las circunstancias particulares de la causa y de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y que, hasta tanto no sea cumplida, la medida no podrá llevarse adelante.

La contracautela no es un requisito de admisibilidad de la medida cautelar sino de ejecutabilidad, por lo cual nunca puede prosperar un agravio respecto a la admisión de la cautelar trabada, basado en la falta o insuficiencia de contracautela<sup>9</sup>.

En relación a la fijación de la contracautela, el Artículo 200 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece “No se exigirá caución si quien obtuvo la medida: fuere la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada o actuaren con beneficio de litigar sin gastos”.

### Las medidas cautelares en la Ciudad de Buenos Aires.

El peligro en la demora, en cambio, se identifica con el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo resulten prácticamente inoperantes <sup>13</sup>.

En relación con la acreditación de tales extremos, a fin de conceder la medida solicitada, la justicia local sostiene que ambos requisitos están relacionados, esto es a mayor verosimilitud del derecho, no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora y viceversa <sup>14</sup>.

Tal como he expresado anteriormente, el Código Contencioso Administrativo y Tributario prevé la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo cuando dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al administrado y cuando no resulte un grave perjuicio al interés público.

<sup>9</sup> Ramírez, Jorge, *Función precautelar*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 168.

<sup>12</sup> Ugolini, Daniela, *Amparos, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa* (Director Juan Carlos Cassagne), Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2007, p. 704.

<sup>13</sup> *Op. cit.*

<sup>14</sup> CCAyT, Sala I, “Ticketec Argentina S.A. c/ GCBA”, 17-7-2001.

<sup>8</sup> Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, “Transporte Polo SRL y otro c/ M° Planificación Decreto N° 976/01 ST (SISTAU) s/ Medida Cautelar Autónoma”, 15-2-2011.

<sup>10</sup> CAyT, Sala I, “Rubiolo Adriana c/ GCBA”, 28-12-2000.

<sup>11</sup> Art. 178





En relación con las innovativas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho “La viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre tanto la *verosimilitud* del derecho invocado como el peligro en la demora (Artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una *mayor* prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad”<sup>15</sup>.

En tanto, las no innovativas constituyen la medida cautelar esencialmente fundada en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el statu quo inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del litigio, tornando la posible futura sentencia en ilusoria y con el fin de evitar perjuicios irreparables<sup>16</sup>.

En cuanto a las autónomas, estas medidas requieren del agotamiento de sede administrativa, solicitando la suspensión de los efectos del acto, como condición para acceder a la justicia.



La procedencia de la medida cautelar exige que concurren todos sus requisitos, por lo que la ausencia de alguno de ellos –verosimilitud del derecho o peligro en la demora– resulta suficiente para no hacer lugar al recurso.

Ahora bien, la jurisprudencia se ha flexibilizado y estableció que “a mayor verosimilitud del derecho, no cabe ser tan exigente respecto del daño y viceversa, cuanto mayor es el peligro, menor es la exigencia en lo atinente al *fumu*”<sup>19</sup>.

El derecho que se desea hacer valer en toda medida cautelar se encuentra restringido a un juicio de “probabilidades y verosimilitud”. Es tarea del ma-

## Medidas cautelares innovativas, no innovativas, autónomas y satisfactivas.

Este agotamiento, una vez llegado el expediente a sede judicial, debe ser acreditado de manera fehaciente. Este requisito sólo es solicitado en este tipo de medidas cautelares.

La CSJN afirmó que la suspensión de los efectos de los actos administrativos no puede disponerse en vía judicial sin previamente acreditar que haya sido pedida en sede administrativa y denegada por ésta, y que el perjuicio invocado no es susceptible de repararse por los cauces ordinarios<sup>17</sup>.

Por último, el régimen de las medidas autosatisfactivas no encuentra asidero legislativo en nuestro régimen jurídico. Las mismas son utilizadas en condiciones extraordinarias ya que con su otorgamiento implica reconocer –inaudita parte una sentencia– condenatoria que altera una situación anterior, sin mediar juicio contradictorio.

La jurisprudencia es reticente a conceder estas medidas, se ha dicho que no corresponde conceder la medida autosatisfactiva “si la finalidad perseguida por el actor es perfectamente alcanzable a través de una medida cautelar innovativa, por medio de la cual se podría obtener –en caso de hallarse reunidos los requisitos necesarios– una rápida y efectiva tutela de los derechos invocados”<sup>18</sup>.

## Conclusiones.

gistrado – en la causa principal – declarar la certeza de que ese derecho existe; al momento de resolver la cautelar, sólo es necesario un derecho que tenga apariencia verosímil.

Las medidas cautelares han nacido para dar urgente tutela judicial a quien las peticione, su objeto es asegurar la eficacia de una eventual sentencia judicial. No importa de qué tipo de medidas estemos hablando –si es o no de innovar, autónoma o autosatisfactiva– todas apuntan al mismo objeto: la celeridad, cuya característica está destinada a evitar un perjuicio al recurrente que sea de imposible reparación ulterior.

<sup>15</sup> CSJN, Fallos: 330:2186

<sup>16</sup> CAF, Sala V, “Latin Eco S.A. c/ EN MS Economía (Lealtad Comercial) S01:33410/11 y otros s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, 12-7-2011.

<sup>19</sup> CAF, Sala II, “Toma, Roberto Jorge c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ medida cautelar (autónoma)”, 21-12-2000.

<sup>17</sup> CSJN, Fallos: 307:178.

<sup>18</sup> CAF, Sala IV, “Transporte Automotores La Estrella c/ EN”.



# EL CAOS DE LA MULTIPLICIDAD DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

**Verónica Rojas Montes\***

\*Profesora de Derecho Administrativo 2 de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster Artis en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, en convenio con el Instituto Nacional de Administración Pública de España. Doctoranda en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vocal del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Abogada Asociada Senior del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya – Abogados. *In memoriam* del Doctor Huberto Francisco Rojas Rojas.

## Introducción.

Un Estado para un buen funcionamiento requiere que las funciones a su cargo, en virtud de la Constitución y las leyes, sean realizadas de manera eficaz al servicio del pueblo y la satisfacción del interés general. Visiblemente, los organismos públicos no son los que ejercen las competencias, sino las personas que los componen y sobre estas recae la responsabilidad de ejecutarlas. Así las cosas, las actividades propias del ejercicio de las competencias atribuidas son llevadas a cabo por los servidores y funcionarios que forman parte de las diversas entidades públicas que conforman el aparato estatal.

De ahí la necesidad de que exista un sistema (el de *carrera administrativa*<sup>1</sup>) que imponga obligaciones y conceda derechos a las personas que formen parte del servicio civil y que se asegure de que asuman un compromiso con el interés público y cumplan las funciones de los poderes públicos a través de un sistema de *accountability* y responsabilidad. Ello es así porque si los servidores y funcionarios públicos no cumplen sus funciones, algún interés general no será satisfecho y la población se verá privada de gozar del bienestar general, por ejemplo, si las autoridades de salud fallan en cuanto a sus funciones sociales orientadas a la eliminación de la desnutrición, entonces un sector de la población seguirá creciendo desnutrido. En ello radica la importancia de que las personas que trabajan para las entidades públicas

cumplan sus funciones, y si no lo hacen o lo realizan mal, aquéllas sean pasibles de ser sancionadas administrativamente o penalmente, según sea el caso. En efecto, si hay una función incumplida se afecta el interés general y por ello hay uno o más responsables.

Sobre esos fundamentos de tutela a los intereses públicos, se construye un sistema de responsabilidad disciplinaria de los servidores y funcionarios al servicio del Estado. El problema en el Perú es que no funciona el Estado y tampoco funciona la responsabilidad administrativa. Frente a esta situación no favorable para nadie, con el ánimo de hacer más eficiente este sistema se han hecho cambios normativos que, lejos de mejorar las cosas, han creado las condiciones para que la inoperancia de este sistema permanezca y quizá se agudice. Uno de los errores cometidos es creando múltiples sistemas de responsabilidad, cuando solo debería haber uno, porque uno solo es el Estado y uno solo es el servicio civil.

En el presente trabajo se expondrán los diversos sistemas de contratación de personal en la Administración pública, los múltiples conceptos de servidor y funcionario público, diversos sistemas de responsabilidad, la superposición de competencias, los diferentes plazos de prescripción de las infracciones disciplinarias y los procedimientos administrativos disciplinarios diversos. Se describirá el caos existente, con el objetivo de plantear por lo menos el problema existente.

<sup>1</sup>En el Perú la normativa utiliza los términos *carrera administrativa*, *servicio civil* o *empleo público* indistintamente.



En lo relativo a este tema el ordenamiento jurídico peruano es vasto y desordenado. Hay que hacer notar que no existe una carrera administrativa para la totalidad de los servidores públicos, aquella solo es aplicada a un grupo reducido si se le compara al universo nacional de los trabajadores administrativos, la mayor parte de los empleados públicos son contratados bajo regímenes distintos al de carrera administrativa, con procesos de acceso al empleo público diferentes, con derechos y obligaciones diversas, incompatibilidades y prohibi-



De conformidad con los Artículos 39 y 40 de la Constitución Política, todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación y por ley se establece el ingreso a la carrera administrativa, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

La carrera administrativa está regulada por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y es un sistema de línea ascendente hacia las categorías de cargos más altas, mediante concursos internos, lo que implica el aumento de remuneración y mayor capacitación<sup>2</sup>. La carrera administrativa está reservada para los servidores públicos toda vez que estos prestan servicios de naturaleza permanente y estable en la Administración pública; no se aplica a los funcionarios públicos porque, en nuestro país, estos ocupan solo cargos de confianza o cargos políticos (por designación o elección popular).

No obstante lo mencionado, el Decreto Legislativo N° 276 no es el único sistema para contratar personal en las diversas entidades públicas, sino que existen otras

## 1. Servidor y funcionario público en el ordenamiento jurídico peruano.

ciones yuxtapuestas y de alcances varios, y, por ende, sujetos a regímenes de responsabilidad administrativa para ellos.

Esta realidad difícilmente es comprensible y genera confusión a todo nivel. Visiblemente no existe un concepto único de servidor y funcionario público, sino una dispersión normativa y diversidad de conceptos, que con la finalidad de describirlos de manera sistemática se empezará por la Constitución Política y se seguirá con la revisión de las diferentes leyes y reglamentos vigentes.

### 1.1. Concepto.

formas de contratar empleados públicos administrativos (Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo aplicable al sector privado; Decreto Legislativo N° 1.057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios<sup>3</sup>; Ley N° 29.806, que regula la contratación de personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones) y otras leyes para diversos regímenes especiales (médicos, profesores, diplomáticos, policías, etc.).

Por esta razón, la legislación peruana tampoco es homogénea en cuanto a la definición de lo que se entiende por servidor o funcionario público, toda vez que hace referencia, indistintamente, a las denominaciones de servidores públicos, empleados públicos, funcionarios públicos, servicio civil, empleo público y carrera administrativa dentro de un vasto ordenamiento jurídico. Ello es importante, porque del concepto se derivan derechos y obligaciones, así como distintas infracciones administrativas pasibles de sanción, v. gr., solo a los que están considerados como servidores y funcionarios públicos se les aplican determinadas incompatibilidades y responsabilidades.

<sup>3</sup> Al cierre de la presentación de este artículo entró en vigencia el 7 de abril de 2012 la Ley N° 29.849, ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1.057 y otorga derechos laborales, v. gr., treinta (30) días en lugar de quince (15) días de vacaciones, licencia por maternidad o paternidad, gratificaciones en los meses de julio y diciembre, entre otros. Ello porque este sistema tiene menores derechos, aunque similares obligaciones con los otros sistemas de contratación para el empleo público. Esta eliminación y el otorgamiento de derechos son aplicables a partir del año 2013 y de manera gradual.

<sup>2</sup> En la práctica no se aplica la carrera administrativa por razones presupuestales de otra índole.





La definición de “servidores y funcionarios públicos” de conformidad con la novena disposición final de la Ley N° 27.785 es del siguiente modo: “[...] todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”.

Este es un concepto jurídico amplio que legitima a la Contraloría General de la República, como organismo



La Ley del Código de Ética Pública, al definir a los servidores públicos, incluye dentro de “servidor público” a los servidores, empleados y funcionarios públicos, sean estos remunerados o *ad honorem*. Textualmente establece lo siguiente:

*“Artículo 4°.- Servidor público*

4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos, sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo, que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado.

4.2 Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto.

4.3 El ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente Código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento”.

**1.1.1. Concepto de servidor y funcionario público, según la Ley N° 27.785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, modificada por la Ley N° 29.622.**

rector del sistema nacional de control, fiscalizar el accionar y la gestión de todos los servidores y funcionarios públicos sin importar la forma en la cual han sido contratados (Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 1.057 o Ley N° 29.806). No obstante ello, el régimen disciplinario que se aplicará a cada caso es el que se deriva de las normas en las cuales se contrataron a estas personas, lo cual resulta complejo, porque los órganos competentes para evaluar y recomendar la imposición de sanciones disciplinarias deben saber qué ley y reglamento deben observar<sup>4</sup>.

**1.1.2. Concepto de servidor público, según la Ley N° 27.815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.**

Esta norma también establece un concepto de función pública como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” (Artículo 2°).

Esta definición permite a las entidades competentes, que pueden ser los órganos del Sistema Nacional de Control, y los organismos públicos contratantes, fiscalizar el accionar de los servidores públicos para detectar infracciones contra la ética pública, procesarlos administrativamente y de comprobarse las faltas, sancionarlos. Los servidores públicos son todos los contratados al amparo del Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 1.057 o Ley N° 29.806, inclusive los miembros de comisiones o consejos consultivos *ad honorem* que realicen función pública. No obstante ello, al igual que en el caso anterior, los procedimientos disciplinarios y plazos de prescripción son distintos dependiendo del sistema de contratación.

<sup>4</sup> Hasta el año 2011 los contratados bajo la modalidad del Decreto Legislativo N° 1.057, al no ser considerados como servidores públicos, no tenían un régimen disciplinario aplicable y, por ende, no eran procesados mediante un procedimiento administrativo disciplinario; en tal sentido, ante una infracción administrativa, la medida administrativa que podía tomarse era resolver el contrato por incumplimiento contractual, mas no por haber infringido el régimen estatutario de la carrera administrativa, y, en otros casos ninguna, siguiendo vigente el contrato.



La Ley Marco del Empleo Público<sup>5</sup> no define empleado, servidor o funcionario público, pero sí el vínculo que mantienen con el Estado en virtud del cual prestan sus servicios a la Nación. La relación Estado-



No define al servidor público, pero sí al funcionario público como el “ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Hay que tomar debida nota de que el hecho de que no defina al servidor público no es trascendente, porque de conformidad con la Constitución Política mediante ley se determina la carrera administrativa para los servidores

### **1.1.3. Concepto de servidor y funcionario público, según la Ley N° 28.175, Ley Marco del Empleo Público.**

empleado es descrita como aquella que *vincula al Estado como empleador y a las personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación. Incluye las relaciones de confianza política originaria.*

### **1.1.4. Concepto de servidor y funcionario público, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276.**

públicos, y es por ello que todo el Decreto Legislativo N° 276 fija las reglas, deberes, obligaciones, infracciones y sanciones a los servidores públicos contratados o nombrados en este régimen.

A modo de conclusión, existen varios conceptos de servidor y funcionarios públicos, unos amplios, otros restringidos; ello tiene como correlato diversos estatutos de obligaciones y derechos, así como distintos regímenes de responsabilidad disciplinaria, los que analizaremos a continuación a la luz del Código de Ética de la Función Pública, por ser el más amplio y a su vez el más completo<sup>6</sup>.

## **2. Regímenes de responsabilidad de la función pública. Especial referencia al Código de Ética de la Función Pública.**

### **2.1. Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM.**

otros similares, no pueden celebrar contratos por sí o por terceros o intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con su entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, respecto de los actos administrativos en los que el funcionario o servidor tiene capacidad decisoria o su jerarquía influya en su celebración. Si lo incumplen podrían ser sancionados.

Según esta norma, los servidores públicos son responsables en materia civil, penal y administrativa por el cumplimiento de la normativa vigente en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan.

Por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 276 prohíbe a los servidores exigir o recibir dádivas, obsequios, agasajos u

<sup>5</sup> Acerca de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 28.175 y declarada infundada por el Tribunal Constitucional, se puede consultar <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>.

<sup>6</sup> Las restricciones a ex autoridades de las entidades establecidas en la Ley N° 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se aplican cuando ha culminado su vínculo laboral durante el año siguiente y no es objeto del presente trabajo.

Por ser considerados servidores públicos, según:

1- El Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento, son pasibles de ser sancionados por las faltas tipificadas en dichas normas.

2- La Ley N° 27.785, modificada por la Ley N° 29.622, pueden ser sancionados por las faltas tipificadas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.



Existen otros servidores que son contratados por la modalidad denominada Contratación Administrativa de Servicios - CAS, y que se rige por el Decreto Legislativo N° 1.057 y su Reglamento.

Los contratados CAS recientemente han sido sometidos a un régimen disciplinario propio (Decreto Supremo N° 065-2011-PCM), por el incumplimiento a los términos contractuales, o de los deberes que se derivan del marco legal, administrativo o funcional, sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal.



Las entidades públicas que tienen contratados a sus trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada, se rigen por esta norma y por cada Reglamento Interno de Trabajo, por lo general, dentro del mismo se introducen deberes, obligaciones derivados del derecho administrativo y, asimismo, se establecen los órganos competentes para sancionar disciplinariamente, así como las normas del procedimiento administrativo disciplinario.

3- La Ley N° 27.815, Ley del Código de Ética Pública, pueden ser sancionados por las faltas tipificadas en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.

En ambos casos independientemente de su responsabilidad penal y/o civil por los daños y perjuicios que le originen al Estado.

## **2.2. Decreto Legislativo N° 1.057 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.**

Por ser considerados servidores públicos, según:

1- La Ley N° 27.785, modificada por la Ley N° 29.622, pueden ser sancionados por las faltas tipificadas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

2- La Ley N° 27.815, Ley del Código de Ética Pública, pueden ser sancionados por las faltas tipificadas en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.

En ambos casos independientemente de su responsabilidad penal y/o civil por los daños y perjuicios que le originen al Estado.

## **2.3. Decreto Legislativo N° 728.**

Del mismo modo, por ser considerados servidores públicos, según:

1- La Ley N° 27.785, modificada por la Ley N° 29.622, pueden ser sancionados por las faltas tipificadas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

2- La Ley N° 27.815, Ley del Código de Ética Pública, pueden ser sancionados por las faltas tipificadas en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.



La Ley del Código de Ética de la Función Pública y su Reglamento establecen una serie de principios de obligatorio cumplimiento para los servidores y funcionarios públicos, así como prohibiciones a las que deben sujetarse en aras de que la función pública que desempeñan se realice en armonía con los intereses generales.

Para citar un ejemplo, lo siguiente:

### **Ley**

“Artículo 8°.- *Prohibiciones éticas de la Función Pública*

El servidor público está prohibido de:

#### *1. Mantener intereses de conflicto*

Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.

#### *2. Obtener ventajas indebidas*

Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia”.

### **Reglamento**

“Artículo 3°.- *Definiciones*

[...]

#### *Intereses en conflicto*

Situación en la que los intereses personales del empleado público colisionan con el interés público y el ejercicio de sus funciones, entendiéndose que cualquier actuación



En este punto, se manifiesta la complejidad del sistema. Para explicitarlo de manera clara, se puede decir como cuestión general que el Estado, a través de las diversas entidades públicas que lo conforman, tiene poder disciplinario sobre sus servidores y funcionarios públicos cuando estos incurren en infracciones administrativas.

Estas infracciones y sanciones deben estar tipificadas en la ley (principio de tipicidad o legalidad, que establece que solo por ley se establecen las infracciones y sanciones). De conformidad con la Ley N° 27.444, Ley

## **2.4. Ley N° 27.815 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.**

que realiza dicho empleado público debe estar dirigida a asegurar el interés público y no a favorecer intereses personales o de terceros.

[...]

#### *Ventaja indebida*

Cualquier liberalidad o beneficio no reconocido por la ley, de cualquier naturaleza, que propicien para sí o para terceros los empleados públicos, sea directa o indirectamente, por el cumplimiento, incumplimiento u omisión de su función; así como hacer valer su influencia o apariencia de ésta, prometiendo una actuación u omisión propia o ajena”.

Las infracciones al Código de Ética de la Función Pública son descritas como aquellas que vulneran los principios y prohibiciones éticas. Así las cosas, sin negar las deficiencias de la tipificación, la tipificación no exhaustiva no dejaría otra opción de recurrir a la casuística y confiar en el buen criterio del funcionario que juzgue administrativamente alguna infracción.

Este régimen de ética pública se aplica, como se menciona anteriormente, a *todos los contratados al amparo del Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 1.057 o Ley N° 29.806, inclusive los miembros de comisiones o consejos consultivos ad honorem* que realicen función pública.

### **2.4.1. Especial referencia a la relación existente entre la Ley N° 27.815 (y su Reglamento) y la Ley N° 29.622 (y su Reglamento).**

del Procedimiento Administrativo General, solo en el caso de la tipificación de las infracciones, se acepta que la ley disponga que su respectivo reglamento pueda “cerrar el círculo de tipicidad” de las infracciones ya delineadas de manera general en esa ley o que realicen la tipificación completa (colaboración reglamentaria).

La Ley N° 27.815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento establecen el régimen de la ética pública para los servidores y funcionarios públicos. Como hemos explicado líneas arriba, esta ley y reglamento

disponen los principios, deberes y prohibiciones<sup>7</sup> éticas. La ley solo dice que son infracciones los incumplimientos de los principios, deberes y prohibiciones. Es así que el reglamento debió describir con mucha claridad las infracciones, pero no lo hizo<sup>8</sup>, dejando una tipificación de las infracciones muy abierta.

Debe tomarse debida nota de que la tipificación abierta se aplica hasta la actualidad para las faltas leves, pero no para las infracciones consideradas graves o muy graves cometidas desde el 6 de abril de 2011, en cuyo caso se aplicará la tipificación de la Ley N° 29.622 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

Es trascendental mencionar que la –nueva– Ley N° 29.622 y su reglamento tienen por objetivo dotar a la Contraloría General de la República del poder para sancionar a los servidores y funcionarios públicos de cualquier entidad pública (es decir, no siendo sus servidores públicos) por la responsabilidad administrativa en la que incurren al cometer infracciones *graves o muy graves*, siempre que estas se deriven de un informe de control y por hechos cometidos a partir del 6 de abril de 2011.

## Ley N° 29.622 y su Reglamento

### Objetivo

La Contraloría General de la República es competente para sancionar disciplinariamente a los servidores y funcionarios públicos, siempre que:

- 1- Se trate de una falta administrativa grave o muy grave (contra la ética pública, o contra los deberes y obligaciones del régimen general, incumplimiento de normas legales, negligencia en ejercicio de sus funciones, etc.).
- 2- Esa falta administrativa se derive de un informe de control<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta que la Contraloría General de la República va a sancionar disciplinariamente a funcionarios y servidores públicos (de otras entidades públicas) por diversos tipos de faltas, en la Ley N° 29.622 se establece claramente lo siguiente:

### “Artículo 46.- Conductas infractoras

Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.

<sup>7</sup> “Ley N° 27815

Artículo 10.- Sanciones

10.1 La transgresión de los principios y deberes establecidos en el Capítulo II y de las prohibiciones señaladas en el Capítulo III, de la presente ley, se considera infracción al presente Código, generándose responsabilidad pasible de sanción. 10.2 El reglamento de la presente ley establece las correspondientes sanciones. Para su graduación, se tendrán presentes las normas sobre carrera administrativa y el régimen laboral aplicable en virtud del cargo o función desempeñada. 10.3 Las sanciones aplicables por la transgresión del presente Código no eximen de las responsabilidades administrativas, civiles y penales establecidas en la normatividad”.

<sup>8</sup> “Reglamento de la Ley N° 27.815, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM

Artículo 6°. - De las infracciones éticas en el ejercicio de la Función Pública

Se considera infracción a la ley y al presente reglamento, la transgresión de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones establecidos en los Artículos 6°, 7° y 8° de la ley, generándose responsabilidad pasible de sanción conforme lo dispone el inciso 1 del Artículo 10 de la misma”.

<sup>9</sup> Informe de control es aquel documento emitido por los órganos públicos que conforman el Sistema Nacional de Control, estos son las oficinas de control interno-OCI de cada entidad y la Contraloría General de la República, luego de un proceso de investigación administrativo. El informe de control debe contener conclusiones y recomendaciones. Si una de sus conclusiones es que existen indicios de que determinado funcionario o servidor público ha cometido una falta administrativa, por ejemplo contra la ética pública, la recomendación será que se determine su responsabilidad administrativa. La responsabilidad administrativa respecto de una infracción acarrea una sanción administrativa, que debe ser impuesta por diferentes órganos competentes (ver cuadro).

c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.

d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad”.

Ahora bien, poniendo atención solo en el literal b) del Artículo 46 de la Ley N° 29.622, debemos decir que su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, tipifica las infracciones contra la ética

pública en su Artículo 7°. Al respecto, la tipificación exhaustiva que establece el Artículo 7° del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM (por disposición de la Ley N° 29.622) se debe tener en cuenta para perseguir infracciones –solo las graves y muy graves y desde el 6 de abril de 2011– contra la ética pública conjuntamente con la Ley N° 27.815 y su Reglamento. Por ello ambas leyes y ambos reglamentos deben leerse conjuntamente, es como si se hubieran unido en una interpretación sistemática obligatoria para la entidad que aplique dicha norma.

Finalmente, cabe mencionar que los órganos competentes para investigar las infracciones administrativas e imponer, de ser el caso, las sanciones correspondientes varían dependiendo de la ocurrencia de la infracción (ver cuadro *infra*), las reglas para el procedimiento administrativo disciplinario son distintas y los plazos de prescripción también.

**Entidades que sancionan por faltas contra la ética pública  
Sistema concordado entre Ley N° 27.815, su Reglamento y Ley N° 29.622 y su Reglamento  
Para los hechos cometidos a partir del 6 de abril de 2011**

<b>Gravedad de la infracción administrativa contra la ética pública</b>	<b>Funcionarios y servidores públicos</b>	<b>Entidad pública competente para sancionar</b>
Infracciones graves o muy graves	Decreto Legislativo N° 276 Decreto Legislativo N° 1.057 Decreto Legislativo N° 728 Ley N° 29.806	Contraloría General de la República
Infracciones leves	Ídem	A cargo del Jefe de cada entidad pública

En tal sentido, no solo tenemos varios conceptos de servidor y funcionario público, sino también varios

sistemas de responsabilidad, varias tipificaciones y distintos plazos de prescripción.



Otro tema que se vincula, y en algunos casos puede yuxtaponerse, en algún sentido a lo anteriormente mencionado es lo establecido en la Ley N° 27.588 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2002-PCM. Este régimen legal, vigente desde diciembre de 2001, tiene por finalidad evitar el aprovechamiento de información privilegiada o conflicto de intereses de los funcionarios o servidores públicos, incorporando también a los miembros de Consejos Consultivos solo para uno de los impedimentos.

De acuerdo al texto de la norma, su objeto es:

*“Artículo 1°.- Objeto de la ley*

Los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones, están obligados a guardar secreto o reserva respecto de los asuntos o información que por ley expresa tengan dicho carácter.

Tampoco podrán divulgar ni utilizar información que, sin tener reserva legal expresa, pudiera resultar privilegiada por su contenido relevante, empleándola en su beneficio o de terceros y en perjuicio o desmedro del Estado o de terceros.

La violación de lo dispuesto en el presente artículo implicará la transgresión del principio de buena fe y será

## **2.4.2. Incompatibilidades y prohibiciones - Ley N° 27.588 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2002-PCM.**

sancionada con la inhabilitación para prestar servicios al Estado, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubiera lugar”.

Los impedimentos previstos en la norma son los siguientes:

*“Artículo 2°.- Impedimentos*

Las personas a que se refiere el Artículo 1° de la presente ley, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen los siguientes impedimentos:

- a. Prestar servicios en estas bajo cualquier modalidad;
- b. Aceptar representaciones remuneradas;
- c. Formar parte del Directorio;
- d. Adquirir directa o indirectamente acciones o participaciones de estas, de sus subsidiarias o las que pudieran tener vinculación económica;
- e. Celebrar contratos civiles o mercantiles con estas;
- f. Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente.

Los impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual”.

Estos impedimentos únicamente se aplican respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la Administración pública hubiera tenido competencia funcional y que resultaron afectadas por



Con relación a las responsabilidades de los servidores públicos en caso de que incurran en alguna infracción administrativa, debemos mencionar que en virtud de lo dispuesto por la Novena Disposición Final de la Ley N° 27.785, la responsabilidad administrativa funcional: “Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia”.

En el Decreto Legislativo N° 276<sup>11</sup> la *responsabilidad administrativa es entendida como la responsabilidad personal que asumen los funcionarios y servidores públicos por el incumplimiento del marco legal aplicable al ejercicio de sus funciones o por el incumplimiento del*

normas y acciones propuestas por los empleados públicos mencionados en el Artículo 1° de la Ley N° 27.588, durante el tiempo en que dichos sujetos ejercieron el cargo<sup>10</sup>.

## 2.5. Responsabilidades de los servidores y funcionarios públicos.

*marco jurídico vigente para el funcionamiento de la Administración pública.*

La responsabilidad administrativa presupone que el trabajador público sea servidor o funcionario y que haya incurrido en una infracción administrativa tipificada en las normas. Si ha ocurrido una infracción, para actuar la Administración pública debe tomar conocimiento de ella y, por lo general, lo hace a través de las acciones de control que realiza la Contraloría General de la República y las Oficinas de Control Interno, en otros casos, toman conocimiento a través de denuncias que pueden formular los particulares.

En este punto, nuevamente se deben remarcar las diferencias de los órganos competentes y las reglas de procedimiento aplicables. En el caso de infracciones leves (provengan o no de informes de control) y las graves y muy graves (derivadas de denuncias de parte) el órgano competente para conducir los procedimientos administrativos disciplinarios son las Comisiones Permanentes de Procedimientos Administrativos Disciplinarios - CPPAD, las Comisiones Especiales de Procedimientos Administrativos Disciplinarios - CPPAD o el Jefe Superior o el Jefe de Recursos Humanos, dependiendo del régimen laboral al que están sujetos.

<sup>11</sup>Decreto Legislativo N° 276. Ley de Bases de la Carrera Administrativa. “Artículo 25.- Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.

<sup>10</sup>Valga aclarar que los miembros de los Comités Consultivos solo están sujetos al impedimento previsto en el literal f) del Artículo 2° de la Ley N° 27.588, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 7° del Reglamento de la Ley N° 27.588, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2002-PCM, el cual textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 7°.- Impedimentos aplicables a miembros de Comisiones Consultivas  
Los miembros de Comisiones Consultivas solamente se encuentran sujetos al impedimento señalado en el Artículo 2° inciso f) de la ley, respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la Administración pública hubiera tenido competencia funcional y que resultaron afectadas por normas y acciones propuestas por la Comisión Consultiva, durante el tiempo en que dichos sujetos ejercieron el cargo”.

Decreto Legislativo N° 276. Ley de Bases de la Carrera Administrativa. “Artículo 25.- Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.

Otra de las diferencias saltantes es el plazo de prescripción. Para el caso de las faltas cometidas y tipificadas y procesadas por el Decreto Legislativo N° 276, el plazo de prescripción es de un (1) año contado desde que la entidad pública conoció de la infracción administrativa<sup>12</sup>.

En el caso de las faltas contra la ética pública, según el Código de Ética de la Función Pública, es de tres (3) años contados desde que se toma conocimiento de la infracción<sup>13</sup>, pero en el caso del procedimiento administrativo disciplinario a cargo de la Contraloría General de la República este es de cuatro (4) años contados desde la comisión de la infracción<sup>14</sup>.

### 3. Conclusiones.

- No existe un solo sistema de carrera administrativa para el empleo público.
- Existe un caos normativo con múltiples regímenes de contratación, que no se ha corregido a lo largo de los años.
- Existen múltiples conceptos de servidores y funcionarios públicos.
- Los diversos sistemas de contratación han generado a su vez distintas obligaciones y derechos diferentes para los servidores y funcionarios públicos.
- La disparidad de normas genera confusión para los servidores y funcionarios públicos, como para los usuarios.

- A todo ello, se agrega que el sistema de responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos es un sistema complejo que: i) superpone tipificación de infracciones y sanciones, ii) establece diversos plazos de prescripción para ejercer el poder disciplinario y sancionar las infracciones administrativas, iii) establece diferentes procedimientos administrativos disciplinarios (unos con mayores o menores garantías) y iv) hay distintos órganos competentes.

- Todo ello es un incentivo para la inoperancia del sistema de responsabilidad y también pone en riesgo la eficiencia y eficacia estatal. Resulta urgente iniciar una reforma y realizar acciones concretas hacia un solo régimen de empleo público, y esto es una tarea de varios años, pero que es muy necesaria.

<sup>13</sup> Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.

"Artículo 17.- Del plazo de prescripción

El plazo de prescripción de la acción para el inicio del procedimiento administrativo disciplinario es de tres (3) años contados desde la fecha en que la Comisión Permanente o Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios toma conocimiento de la comisión de la infracción, salvo que se trate de infracciones continuadas, en cuyo caso el plazo de prescripción se contabilizará a partir de la fecha en que se cometió la última infracción, sin perjuicio del proceso civil o penal a que hubiere lugar".

<sup>14</sup> Resolución de Contraloría N° 333-2011-CG, que aprueba la Directiva N° 008-2011-CG/GDES-Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional

"6.2.8. Prescripción. La potestad sancionadora para determinar la existencia de conductas infractoras y correspondiente imposición de sanciones, prescribe a los cuatro (4) años, contados desde el día en que la infracción se hubiera cometido o desde que hubiera cesado en caso fuera una acción continuada.

El plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento sancionador, el cual opera con la notificación de dicha decisión al administrado y la correspondiente formulación de cargos por parte del órgano instructor, conforme a lo dispuesto en el numeral 233.2 del Artículo 233, de la Ley N° 27.444.

La suspensión del procedimiento sancionador por resolución judicial expresa o en los casos establecidos en la ley, el reglamento y la presente directiva, también genera la suspensión del plazo de prescripción.

La prescripción es apreciada de oficio o alegada por el administrado en cualquier instancia o etapa del procedimiento sancionador. En caso sea alegada, se resolverá sin necesidad de prueba o actuación adicional, por la mera constatación del plazo cumplido, conforme al trámite establecido en la presente directiva".

<sup>12</sup> Decreto Supremo N° 005-90-PCM. "Artículo 173.- El proceso administrativo disciplinario deberá iniciarse en el plazo no mayor de un año (1) contado a partir del momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria, bajo responsabilidad de la citada autoridad. En caso contrario se declarará prescrita la acción sin perjuicio del proceso civil o penal a que hubiere lugar".



Es claro que el ámbito de la ética y la moral es un tema que depende de cada cultura y de los condicionamientos sociales de un pueblo en un momento determinado, ello está instalado en el pensamiento de cada persona. De ahí la dificultad de siempre de establecer un concepto unívoco y generalizable. Sin embargo, esto no hace menos importante poder pensar hacia qué debe estar dirigido un cambio.

A lo largo de esta ponencia, hemos descrito el marco legal que establece las reglas que sirven para determinar responsabilidades, sin embargo, no podemos ignorar que en nuestro país —y no somos un caso aislado— los sujetos que aplican las leyes (servidores, funcionarios públicos o los administrados) buscan caminos para evadir o no

#### 4. Reflexión final.

cumplir, encontrando la “forma legal” para cosas reñidas con la ética pública y los intereses públicos.

Si no hay a nivel de toda la nación una ética que hace asumir el compromiso de gestionar el aparato público orientado a los intereses generales (*normalmente* recogidos en las leyes<sup>15</sup>), en lugar de acciones constantes de desviación de poder para encontrar “salidas” para incumplir dando la apariencia de legalidad y cumplimiento, que sean contrarias al bienestar general, no funcionará el Estado, ni tampoco la responsabilidad.

Por ello, muy aparte de crear un edificio jurídico coherente desde el derecho administrativo, hay que pensar que en el Perú debe construirse una ética y moral pública coherente. \*

<sup>15</sup>Se dice “normalmente” porque también existen leyes producto de la desviación de poder o de corrupción, lo cual crea un sistema legal perverso. \*



---

## Anexo

### *Normas legales consultadas*

- 1- Constitución Política de 1993.
- 2- Ley N° 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 3- Ley N° 27.588, ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.
- 4- Ley N° 27.785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, modificada por la Ley N° 29.622.
- 5- Ley N° 27.815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- 6- Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.
- 7- Ley N° 28.496, ley que modifica la Ley N° 27.815.
- 8- Ley N° 29.158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- 9- Ley N° 29.806, ley que regula la contratación de personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones.
- 10- Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
- 11- Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.
- 12- Decreto Legislativo N° 1.023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos (en adelante, Ley SERVIR).
- 13- Decreto Legislativo N° 1.057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.
- 14- Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 y modificatorias.
- 15- Decreto Supremo N° 019-2002-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27.588.
- 16- Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27.815.
- 17- Decreto Supremo N° 075-2008, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1.057, modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.
- 18- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29.622, denominado “Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control”.

# AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y CONTROL INTERNO. ALGUNOS APUNTES PARA EL DEBATE

Alejandro César Caudis

## Introducción.

El presente trabajo ha sido elaborado a partir de la Tesina titulada “Autonomía Universitaria y Control Interno. Historización, relaciones y tensiones”, escrita por el autor durante el año 2011 y defendida en el corriente año en la carrera de posgrado Especialización en Derecho Administrativo que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

El propósito es analizar algunas situaciones que se producen en el seno de las universidades nacionales, autónomas por mandato constitucional, en relación con el

control interno que se lleva a cabo a través de las Unidades de Auditoría Interna y la Sindicatura General de la Nación. Estos puntos de referencias generan diversas problemáticas que, a su vez, van conformando una trama institucional compleja y no exenta de tensiones y contradicciones.

Es por ello que este trabajo pretende contribuir al conocimiento de esta temática y procurar establecer algunas coordenadas que permitan entender la trama, en el presente, y avizorar –razonablemente– el futuro de la misma.

## 1. Las universidades.

### 1.1. Sobre las universidades.

El origen de las universidades lo encontramos en la Edad Media, hacia fines del siglo XI y principios del XII, momento en el cual distintas y variadas escuelas unidas a las catedrales y monasterios se transformaron en centros de estudio más elevados.

“En sus comienzos, el grupo formado por profesores y alumnos tomó el nombre de *studium generale*. En el siglo XIV, el término *studium generale* fue reemplazado por el de *universitas*, que designó originariamente al conjunto de profesores y estudiantes que formaban una corporación o comunidad dedicada a la enseñanza”<sup>1</sup>.

“La *universitas studii* que nació en Bolonia en la Edad Media es una comunidad de estudios y escuelas. La palabra *universitas* tiene que ver con *universum* (unus = uno; *vertere* = convertir), o sea con la idea de sintetizar la diversidad de conocimientos posibles sobre la realidad”<sup>2</sup>.

En los siglos XIII y XIV los debates universitarios eran considerados vitales para la organización del mundo. “La Universidad del Renacimiento (sobre todo, italiano) y las

universidades europeas modernas permitieron absorber todos los conocimientos producidos en la cultura bizantina y en la civilización árabe”<sup>3</sup>.

Ya en ese entonces podemos apreciar que la noción de autonomía era un fenómeno propio de la Universidad, “un fenómeno constitutivo fundante con el que se crearon las universidades medievales y por lo tanto forma parte de la tradición originaria y ecuménica universitaria. Uno de los aspectos clave para historizar las interpretaciones es la relación entre *autonomía* y *poderes públicos* (imperios, principados, comunas, etc.). Nos remontamos al surgimiento de las universidades –siglo XII– y particularmente a la Universidad de Bolonia, cuyo modelo organizacional fue tenido en cuenta por los hombres de la Reforma de 1918”<sup>4</sup>.

Siguiendo con este breve *racconto* histórico sobre las universidades vemos que hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX se redefinen varias de las universidades continentales europeas (tales los casos de

<sup>1</sup>Manganiello, Ether M.; Bregazzi, Violeta E., *Política Educativa*, 10ª edición, Librería del Colegio, 1967, p. 230.

<sup>2</sup>Pérez Lindo, Augusto, *Universidad, política y sociedad*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), 1985, p. 112.

<sup>3</sup>Ibidem, p. 13.

<sup>4</sup>Mollis, Marcela, *El sutil encanto de las autonomías. Una perspectiva histórica y comparada*, Buenos Aires, Pensamiento Universitario, Año 4, N° 4/5, Universidad de Buenos Aires, 1996, p. 103.

Francia, Alemania, Bélgica, Suecia y otros países). En ese sentido, “Napoleón (1808) hizo de la universidad un instrumento privilegiado para formar a los docentes y a los funcionarios del Estado, mientras que la Universidad de Berlín (1802), bajo la influencia de Humboldt, se convirtió en el paradigma de la universidad alemana convertida en centro de producción científica. La universidad británica seguía siendo, como desde el siglo XVI, un centro orientado a la formación de las clases dirigentes, y al mismo tiempo un recinto del saber (que no

siempre acompañaba los progresos científico-técnicos)”<sup>5</sup>. Siguiendo a Darcy Ribeiro, podemos establecer que se dieron distintos modelos estructurales de universidad que, en una mirada histórica, podemos agrupar en las siguientes: la universidad francesa, la universidad inglesa, el modelo alemán, la universidad norteamericana, la soviética y la experiencia latinoamericana<sup>6</sup>. Claro que dicha clasificación general, arquetípica, ha ido adoptando distintos ribetes y contornos en cada uno de los países y, en particular, en la Argentina.



Es difícil pensar en “la” universidad, en singular. Por el contrario, se trata de una institución sumamente compleja, con identidades claramente marcadas y diferenciadas que dan vida a un sinnúmero de tramas y condiciones de habitabilidad de cada Casa de Estudios. Sin embargo, con el propósito de realizar un recorrido que dista mucho de ser lineal –por otra parte– englobaremos la Universidad Argentina como una única categoría. Con esa salvedad, entonces, podremos transitar este esbozo.

La historia de la educación superior en el actual territorio de la República Argentina se inicia con la creación del Colegio Jesuítico en 1613 en la actual Provincia de Córdoba, dentro de la concepción y estrategia de la orden jesuita, otorgándosele privilegios universitarios a dicho establecimiento en el año 1622.

Con el transcurrir del tiempo, y “en medio de los enfrentamientos con España y de las guerras civiles, la Universidad de Córdoba ve reformados sus planes de estudio en 1815, observándose una cierta adecuación a la nueva situación política y una mayor penetración de los principios e ideas de la Ilustración. Paralelamente, los grupos bonaerenses no abandonan sus esperanzas de contar con una universidad propia, lo que se concreta con la creación de la Universidad de Buenos Aires en 1821, bajo la inspiración de Rivadavia y adaptando parcialmente el concepto napoleónico de *Université Impériale*”<sup>7</sup>.

## 1.2. La universidad en Argentina.

En el año 1918 había un total de cinco (5) universidades en la República Argentina: Córdoba, Buenos Aires y La Plata –Nacionales– y Santa Fe y Tucumán –Provinciales. En ninguno de los supuestos el Estado Nacional había sido el fundador de las Casas de Estudio. En ese mismo sentido, se rescata que “en el año 1918 había en el país tres universidades nacionales y dos provinciales. Tanto la más antigua de las nacionales, la de Córdoba, que abrió sus aulas en 1614 [...] como la de Buenos Aires –fundada por el gobierno de la Provincia de Buenos Aires en agosto de 1821– se regían por la Ley Nacional N° 1.597, de julio de 1885 (Ley Avellaneda) y la Ley Complementaria de Libertad de Estudios N° 3.271, de 1895”<sup>8</sup>.

Ese año, precisamente, tanto el país como el mundo se hallaban en ebullición. Era una época de transformaciones. Se asomaba el siglo XX.

Lo concreto es que en Argentina se vivieron las primeras protestas sociales donde el liderazgo de socialistas, anarquistas y gremialistas resulta evidente. La clase media, por su parte, irrumpe a través de Hipólito Yrigoyen a la escena política nacional: en 1915, la primera elección presidencial con voto universal en nuestro país consagra al líder de la Unión Cívica Radical Presidente de los argentinos. La caída de las monarquías, la Revolución Soviética, los avances tecnológicos imprimían vértigo al siglo que comenzaba.

<sup>5</sup> Pérez Lindo, Augusto, *Universidad, política y sociedad*, op. cit., p. 14.

<sup>6</sup> Ribeiro, Darcy, *La Universidad Latinoamericana*, Chile, Editorial Universitaria, 1971, pp. 66, 73, 74, 81, 92, 107 y sig.

<sup>8</sup> Del Mazo, Gabriel, *Estudiantes y gobierno universitario*, 2ª edición, Buenos Aires, Librería El Ateneo Editorial, 1955, p. 15.

<sup>7</sup> Cano, Daniel, *La educación superior en la Argentina*, Buenos Aires, FLACSO - CRESALC/UNESCO, 1985, p. 10.

“En este contexto, y por una causa a esta altura anecdótica, la rebelión estalla en Córdoba. El 15 de junio de 1918, la Asamblea Universitaria que debía designar al nuevo rector, signada por hechos turbios, acusaciones de presión y hasta compra de votos, es interrumpida por una multitud de estudiantes, que se ocupan de desalojar a los asambleístas y arrojar fuera a la policía. Sobre el pupitre rectoral, un estudiante escribe: 'La Asamblea de todos los estudiantes de la Universidad de Córdoba decreta la huelga general. Junio 15 de 1918'”<sup>9</sup>.

El Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria titulado “La Juventud Universitaria de Córdoba a los hombres libres de Sudamérica” se publica en Córdoba el 21 de junio de 1918. Ese documento refleja las pasiones de los jóvenes universitarios cordobeses y contiene los lineamientos del movimiento reformista gestado, cuestionando a las autoridades y a los docentes de la Universidad. Ese movimiento se constituyó en una gran oleada, con amplias repercusiones, tanto en el campo socio-político como en la pedagogía. “El manifiesto de junio de 1918, documento fundamental de la Reforma Universitaria, establece de un modo doctrinario los puntos de vista que informan la nueva concepción juvenil y americana de la Universidad reformada”<sup>10</sup>.

Es en ese marco<sup>11</sup> que surgen los reclamos por asistencia libre, docencia libre, periodicidad de cátedra, cogobierno, integración con la sociedad, autonomía universitaria, gratuidad de la enseñanza, no limitación al ingreso y agremiación estudiantil; todo lo cual nos muestra que la propagación americana de la Reforma Universitaria denota preocupación por la autonomía universitaria en los

distintos países, y cómo ésta se fue definiendo en cada caso, con contornos propios y distintivos<sup>12</sup>.

Lo cierto es que, a la postre, la implementación de muchas de las propuestas reformistas distó de ser en los hechos lo que se pretendía. Sin embargo, quedaron huellas profundas de esta Reforma, tanto en Argentina como en el exterior.

Brevemente debemos referirnos, en este panorama histórico, a lo acontecido en el año 1968. “El mayo francés se inició en marzo. El día 22 hubo una reunión de estudiantes y profesores de la Facultad de Humanidades de Nanterre, que derivó en la ocupación pacífica de una sala de la Facultad. Los activistas cuestionaban la desactualización de los planes de estudio y la falta de libertad para expresarse políticamente”<sup>13</sup>. A partir de entonces, nada fue igual. Las consecuencias del mayo francés se regaron por el mundo aunque debemos recordar que la traslación del mayo francés a la Argentina recién se dio al año siguiente, es decir, en 1969.

El “Mayo Argentino” ocurrió con el Cordobazo. “El Cordobazo del 29 de mayo de 1969, que abrió una nueva etapa de la lucha de clases en la Argentina, mostró de manera contundente que el movimiento estudiantil abandonaba su vieja práctica política de enfrentamientos con el movimiento obrero. Los estudiantes cordobeses actuaron como detonante de un nuevo ascenso de la lucha de clases [...]”<sup>14</sup>.

A partir de los ochenta, la democracia política generó trazos nuevos en la conformación de la República.

Surgieron nuevos actores, se escucharon nuevas voces y se dieron nuevos significados y sentidos a los espacios y

<sup>9</sup> Schwartzman, Américo; Stang, María Fernanda, *Reforma Universitaria 1918. La revolución de las conciencias*, Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Argentina, Editorial de la Universidad Nacional de Entre Ríos (EDUNER), 1998, p. 11.

<sup>10</sup> Del Mazo, Gabriel, *Estudiantes y gobierno universitario*, op. cit., p. 33.

<sup>11</sup> En esa época en nuestro propio país se comenzó a hablar de “derecho universitario”, tema que ha calado hondo pero que no se retomó en esos términos en la posteridad, aunque consideramos propicio reivindicarlo y resignificarlo en la actualidad. Vemos, así: “[...] Carlos Cossio utiliza –por primera vez– el concepto de ingerencia (sic.), para dar mayor relevancia al rol activo que le debe corresponder al estudiante en la nueva universidad: 'Ninguna expresión mejor que ingerencia estudiantil para significar la esencia de todo el nuevo derecho universitario. Porque efectivamente, no se trata de una mera participación en la vida de la Universidad, que pueda ser pasiva; ni de una simple colaboración en concordancia de voluntades; sino de toda fluctuación armónica y desarmónica; de una constante, áspera e impetuosa, como la juventud misma, que carga de una tensión variable todo el nuevo derecho universitario, por cuanto es fuerza funcionalmente integrada al mecanismo, que ahora existe como tal en la medida en que conserva su carácter de totalidad'”. Ver: Schwartzman, Américo; Stang, María Fernanda, *Reforma Universitaria 1918. La revolución de las conciencias*, op. cit., pp. 28-9.

<sup>12</sup> Sobre el particular, resulta esclarecedor el libro de Portantiero, Juan Carlos, *Estudiantes y política en América Latina. 1918- 1938. El proceso de la Reforma Universitaria*, México, Siglo Veintiuno, 1978.

<sup>13</sup> Ravera, Marcela Viviana, “Mayo del 68 en Último round de Julio Cortázar”, en Ricci, Paulo; Ravera, Marcela; Galeano, Gabriela; Kozak, Claudia, *Cuando los 60 fueron jóvenes. Literatura y política en la década del 60*, Paraná, Entre Ríos, Argentina, Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de Entre Ríos, 2006, p. 126.

<sup>14</sup> Ibídem, p. 130.

acciones públicas. “En ese marco, los debates político-universitarios constituyen un escenario privilegiado tanto para el análisis del procesamiento de la experiencia universitario de los años sesenta y setenta como para la reconfiguración de una nueva agenda de problemas educativos [...]. En el plano institucional, dos días después de la asunción del gobierno constitucional –en diciembre de 1983– se dispuso la intervención de las universidades y mediante el Decreto N° 154 del Poder Ejecutivo Nacional se estableció que se gobernasen sobre la base de los estatutos suspendidos a partir de la intervención del 29 de julio de 1966. Paralelamente, se crearon consejos superiores provisorios con representantes de los tres claustros, y también se exigió la reincorporación del personal docente y no docente cesanteado por motivos políticos, gremiales o similares [...]”<sup>15</sup>.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, dificultades de orden interno y externo al país marcaron las políticas y las prácticas que se llevaron a cabo.

“Hacia finales de los años ochenta, y en el marco de un proceso de redefinición de las reglas de juego entre el Estado y la sociedad civil, el segundo gobierno democrático llevó a cabo una reestructuración profunda del conjunto del sistema educativo, en particular, de las universidades nacionales; las políticas se diseñaron en consonancia con el avance de la nueva racionalidad neoliberal. Las promesas incumplidas forjaron una concepción de la política despojada de su contenido mediador y entendida 'como lugar de reconocimiento de la realidad del poder, en su forma más descarnada'. En consecuencia, el diagnóstico por parte del gobierno de una crisis social estructural –donde la universidad, al igual que otras instituciones públicas, era uno de sus más fieles reflejos– legitimó la aceleración de las reformas”<sup>16</sup>.

La década de los noventa se caracterizó por la aplicación de modelos, normas y valores propios del neoliberalismo, “[...] por un profundo cambio en el papel del Estado en la prestación de bienes y servicios, el cual se manifestó en la transferencia de estas responsabilidades a instancias subnacionales y al mercado, y en la desregulación y tercerización de la gestión de los servicios sociales. Luego de la privatización de las empresas públicas, el Estado debió sustituir su función de prestación de servicios por la regulación de sus respectivos mercados [...] Sin embargo, el problema de la regulación en el campo educativo asume una lógica diferente, por lo tanto no puede enfocarse desde la perspectiva de la regulación de los servicios públicos privatizados. Por otro lado, la educación no es un mero servicio público, sino básicamente un derecho social”<sup>17</sup>.

De este modo, la agenda universitaria se alineó a los postulados de organismos externos, fundamentalmente del Banco Mundial.

Los ejes de las reformas propiciadas podrían aglutinarse en los siguientes:

- financiamiento a través de otros recursos no provenientes del Estado.
- evaluación institucional.
- competencia entre instituciones universitarias.

De este modo se crean, solo en el período que va desde 1988 a 1998 (10 años), 11 universidades nacionales y 22 privadas.

En 1993 se crea la Secretaría de Políticas Universitarias (SPU), en 1994 se modifica la Constitución Nacional y en 1995 se sanciona la Ley de Educación Superior (LES N° 24.521), que actualmente se encuentra vigente.

Vale la pena recordar los acontecimientos antes citados porque, a partir de ellos, podemos apreciar que las cuestiones que debatimos en esta investigación están impregnadas de huellas profundas, de cicatrices indelebles que cimentan las posiciones e intereses en juego.

<sup>15</sup> Rovelli, Laura Inés, “La impronta modernizadora y los sedimentos de la Ilustración. Un estudio del conflicto de proyectos en la Universidad de Buenos Aires durante los años 80 y 90”, en Naishtat, Francisco; Aronson, Perla (editores); Unzué, Martín, *Genealogías de la universidad contemporánea. Sobre la ilustración, o pequeñas historias de grandes relatos*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Biblos, 2008, pp. 202-4.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 213

<sup>17</sup> Feldfeber, Myriam, “Nuevas y viejas formas de regulación de los sistemas educativos”, en Feldfeber, Myriam (compiladora), *Autonomía y gobierno de la educación. Perspectivas, antinomias y tensiones*, Buenos Aires, Aique Educación - Facultad de Filosofía y Letras UBA, 2009, p. 28.



Si consultamos en el diccionario<sup>18</sup> constatamos que el vocablo “autonomía” posee diversos significados que, por ejemplo, refiere a la potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios.

Lamentablemente la significación y los sentidos de “autonomía” distan mucho de ser tan sencillos. Por el contrario son sumamente complejos. Tal como dice Mollis: “[...] la simpleza de esta definición no condice con la complejidad de la interpretación política, normativa, organizacional y las consecuencias prácticas



En el año 1885 se sanciona la primera ley en la materia, la Ley N° 1.597, también llamada “Ley Avellaneda”, la más escueta de todas las normas, ya que regulaba la materia en solo cuatro artículos.

Poco tiempo después se dictó la Ley N° 3.271 (año 1895), llamada “Ley de Estudios Libres”, ya que complementaba la legislación antes citada que permitía rendir los exámenes tanto a los alumnos regulares como a los libres.

Transcurrió un largo período, hasta que en 1946, se promovió la sanción de una nueva ley universitaria. Los proyectos fueron considerados por algunos como “institucionalmente regresivos, destruían la participación orgánica de los estudiantes en el gobierno y vida universitarios. No solo por ese motivo la iniciativa gubernamental era lesionante de la autonomía de la Universidad, sino también porque establecía la ingerencia (sic) directa del Ejecutivo nacional, quien designaba al rector. [...] La mayoría de la comisión de instrucción pública de Diputados dictaminó de acuerdo, pero la minoría, constituida por los diputados Calcagno y Dellepiane, afirmó en su despacho la *autonomía universitaria y el correspondiente sistema democrático interno* [...]”.

## 2. Autonomía universitaria.

### 2.1. La noción de autonomía universitaria.

para las instituciones argentinas. Gran parte de esa complejidad se debe a que la 'autonomía' no es un concepto unívoco y actual, sino de múltiples interpretaciones acorde con diferentes actores interesados, y contiene una poderosa historicidad en sus significados”<sup>19</sup>.

La autonomía universitaria ha sido, en este sentido, un campo de disputa de diversas concepciones, posiciones e intereses, todo lo cual abrigó diversas políticas educativas para el sector.

Generalmente se la ha visto en su faz negativa, esto es, como límite al mercado o al Estado, como resguardo de la injerencia de ellos en el quehacer universitario.

### 2.2. Sucinta referencia a las normas sobre universidades en la Argentina.

Con relación al problema de la autonomía universitaria, el mismo diputado (Calcagno) expresó: “La Universidad debe hallarse habilitada para el cumplimiento de su función política y social. Y ese fin no se logrará mientras no se le confiera el derecho de gobernarse por sí misma; mientras no se la estructure como una especificación institucional de la democracia”<sup>20</sup>.

El propio Del Mazo, siendo diputado, manifestó: “La Universidad no es una subdivisión del Poder Ejecutivo, ni un poder del Estado, ni una derivación de cualquiera de ellos. Es uno de los elementos constitutivos de la Nación. Un órgano autónomico del Estado que tiene un régimen *sui generis* y *sui juris*, en virtud de su índole espiritual, porque la universidad trata inclusive de la formación inteligente del Estado y porque, dentro de la organización del Estado, la universidad es un lazo de unión entre el pueblo y el ámbito universal de la cultura. La universidad, que no es solo educadora del individuo y de la sociedad, sino del Estado, no puede estar tutelada por el Estado en calidad de menor, ni el gobierno del Estado democrático ser cosa distinta que el amparo de la iniciativa individual y de la libertad en su seno”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Hemos tenido en cuenta la 22ª edición del *Diccionario de la Real Academia Española* disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>20</sup> Del Mazo, Gabriel, *Estudiantes y gobierno universitario*, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, Librería El Ateneo Editorial, 1955, pp. 93-95.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 95.

<sup>18</sup> Hemos tenido en cuenta la 22ª edición del *Diccionario de la Real Academia Española* disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

En 1947 se dio la Ley N° 13.031 y, en 1954, la Ley N° 14.497, respondiendo a criterios más bien intervencionistas por parte del Estado.

Vale recordar, en este tránsito, que la primera referencia a la noción de autonomía referida a la universidad en un texto constitucional de la Argentina fue hecha en 1949 “[...] en la que figuraba esta norma: *‘Las universidades tienen el derecho de gobernarse con autonomía, dentro de los límites establecidos por una ley especial que reglamentará su organización y funcionamiento’* (Art. 37, sec. IV, inc. 4°)”<sup>22</sup>. Ya sabemos que luego de la denominada Revolución Libertadora se dejó sin efecto la Constitución de 1949.

En 1955 se establece el Decreto Ley N° 6.403 de Organización de las Universidades Nacionales que deroga las normas legales vigentes, y en 1958, la Ley N° 14.557 lo reemplaza.

Luego se dieron distintas normas: en 1967 la Ley de Facto N° 17.245; la Ley N° 20.654 (en 1974) y la N° 22.207 (de 1980, también de facto).

Al recuperarse la democracia en 1983 se dicta el Decreto N° 154/1983 y luego la Ley N° 23.068.

“En efecto, la universidad de la transición recuperó la idea ilustrada de que ni el Estado ni la sociedad debían intentar gobernarla aunque, a diferencia de aquella tradición, la unidad de la ciencia no constituyó el principio regulador por excelencia. Antes bien, la implementación del gobierno tripartito, originado en el movimiento de la Reforma Universitaria de Córdoba de 1918, favoreció la autonomía, en la medida en que los actores universitarios fueron reconocidos como agentes con decisión política. La sanción parlamentaria de la Ley N° 23.068 fijó el plazo de un año para la normalización de los distintos claustros, lo cual contempló la conformación de un cuerpo de

docentes seleccionados mediante concurso público de antecedentes y oposición. [...] A comienzos de 1986, se formaron las asambleas universitarias que escogieron por primera vez en más de veinte años a las autoridades de las universidades nacionales”<sup>23</sup>.

En el año 1994 se reformó la Constitución Nacional y, a partir de entonces, la configuración jurídica relativa a universidades nacionales adquirió rango constitucional, con vigencia hasta la actualidad.

Y llegamos así, luego de todo este derrotero, al año 1995, en que se sanciona la actual Ley N° 24.521, conocida como “Ley de Educación Superior” (LES), la que ha resultado sumamente controvertida para las Casas de Estudio. Al punto tal, que muchas universidades han planteado en distintas ocasiones precisamente la inconstitucionalidad de la norma, hasta la actualidad<sup>24</sup>.

Para algunos autores, la LES ha sido una especie de contrarreforma, que limitó la autonomía universitaria que había conseguido rango constitucional un año antes.

No obstante podemos afirmar que la LES es la primera ley en la historia legislativa de esta materia que abarcó al conjunto de la educación superior y no solo a las universidades nacionales, regulando la temática en forma minuciosa (es evidentemente reglamentarista), promoviendo mecanismos de intervención del Poder Ejecutivo en el ámbito de las Universidades (por ej., asignando competencias del Ministerio de Educación sobre los Estatutos universitarios), generando mecanismos de evaluación heterónomos—no autónomos—(por caso la CONEAU) y posibilitando la generación de recursos propios por las Casas de Estudio.

Estas marcas que genera la LES se transitan de distinto modo en cada una de las universidades nacionales de la Argentina.

<sup>23</sup> Rovelli, Laura Inés, *La impronta modernizadora y los sedimentos de la Ilustración. Un estudio del conflicto de proyectos en la Universidad de Buenos Aires durante los años 80 y 90*, op. cit., pp. 204-5.

<sup>24</sup> Por ej., los casos que comentaremos más adelante: a) “Ministerio de Cultura y Educación - Estado Nacional s/ Art. 34 de la Ley N° 24.521”, M. 976. XXXV, Sentencia del 6-5-2008, que llega a la Corte en virtud de las objeciones planteadas por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación a diversos artículos del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata y donde esta institución plantea cuestiones constitucionales al respecto; b) “Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de General Sarmiento s/ Res. (AU) N° 6/99 H.A.U. (aplic. Ley N° 24.521)”, E. 129. XL, Sentencia del 6-5-2008.

<sup>22</sup> Cantini, José Luis, *La autonomía y la autarquía de las Universidades Nacionales*, Buenos Aires, Argentina, Academia Nacional de Educación, 1997, p. 12.



Hasta el año 1994, la única referencia de la Constitución a la universidad figuraba en su Artículo 67, inciso 16, según el cual correspondía al Congreso, entre otras funciones: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria [...]”.

La interpretación de esta norma la dio la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de noviembre de 1932 en la causa “Bergés, Pedro c/ Gobierno Nacional”, en los siguientes términos: “El Congreso ha entendido que cumplía su misión constitucional dando los lineamientos generales dentro de los cuales debe desenvolverse la instrucción superior al sancionar una ley orgánica como la mencionada (Nº 1.597), en donde están trazados aquéllos y en donde se crean los organismos adecuados a tales fines, sin perjuicio de que las Cámaras Legislativas, en cualquier momento, puedan dictar las providencias que crean convenientes a su mejor dirección”<sup>25</sup>.

A partir de la Reforma Constitucional del año 1994, la elevación de la autonomía y autarquía de las universidades nacionales a rango constitucional plantea de entrada un interrogante acerca de su noción y alcances, al mismo tiempo que se impone el respeto de dichas garantías de las Casas de Estudio a todos los poderes del Estado, los que deben respetarlas y garantizarlas.

Los distintos autores que conforman la doctrina jurídica han plasmado sus puntos de vista que, por cierto, no son pacíficos. Cada uno ha elaborado diferentes conceptualizaciones y ha interpretado —a su criterio, claro está— los alcances de la autonomía y autarquía universitaria<sup>26</sup>.

Gelli considera: “La autonomía implica la competencia de las universidades nacionales para darse sus estatutos de estructura, organización y funcionamiento y, a la vez, la capacidad para autogobernarse de acuerdo a los criterios propios, eligiendo a sus autoridades y profesores, fijando el régimen disciplinario sin

### 2.3. Algunos aspectos jurídicos de la autonomía universitaria.

interferencia alguna de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. No obstante, el Congreso está atribuido para sancionar las leyes de educación superior fijando las políticas necesarias o más convenientes para el sector, asegurando aquellas dos características de autonomía y autarquía. Por su parte cabe al Poder Judicial efectuar el control jurisdiccional de los problemas jurídico-institucionales que se pueden suscitar en el ámbito universitario. En suma, puede afirmarse que la autonomía universitaria no convierte a estas instituciones en un poder soberano dentro del Estado. La finalidad de aquella autonomía consiste en independizar y desvincular a las universidades de la injerencia del Poder Ejecutivo, pero quedan sujetas a la reglamentación del Poder Legislativo, dentro de los límites que la Constitución Nacional le impone al Congreso, y sometidas al eventual control jurisdiccional”<sup>27</sup>.

Otros autores han afirmado: “Con relación a la autarquía —más concretamente, a la autarquía institucional— la interpretación de la norma constitucional no origina mayores problemas, porque la legislación, la doctrina jurídica y la jurisprudencia la han caracterizado técnicamente, desde hace tiempo, como el tipo de descentralización administrativa que otorga a un ente estatal personalidad jurídica propia, con capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y administrarse a sí mismo, y con competencia específica para gestionar un determinado fin público estatal, dentro del marco normativo básico de su creación”; pero “con respecto a la autonomía, en cambio, la cuestión es más problemática, debido a las vicisitudes históricas de la legislación específica, las divergencias jurídico-doctrinarias en la materia y la periódica interferencia de políticas extrauniversitarias. A estos factores históricos se suma hoy el múltiple empleo del término 'autonomía' en el texto de la Constitución reformada, aplicado por ella a seis instituciones de muy diversa índole”<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> CSJN Fallos: 166:271.

<sup>26</sup> Algunos que han tratado la cuestión desde antaño: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, AbeledoPerrot, 1965, Nº 109 y 213; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte General, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Macchi, 1974, Capítulo XI; Fiorini, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo, Primera Parte*, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 1968, p. 145 y sig.; Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Bibliográfica Omega, 1965, p. 63 y sig.

<sup>27</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Tomo II, 4ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 205.

<sup>28</sup> Cantini, José Luis, *La autonomía y la autarquía de las Universidades Nacionales*, op. cit., pp. 8-9.

En efecto, la Constitución Nacional se refiere a la autonomía en las siguientes disposiciones:

Artículo 14 bis: seguro social obligatorio a cargo de ciertas entidades; Artículo 75, inciso 19: Universidades Nacionales: “autonomía y autarquía universitaria”; Artículo 80: sobre la formación y sanción de las leyes; Artículo 85: Auditoría General de la Nación: “autonomía funcional”; Artículo 86: Defensor del Pueblo: “autonomía funcional”; Artículo 120: Ministerio Público: “autonomía funcional y autarquía financiera”; Artículo 123: Municipalidades de provincia: “autonomía municipal”; Artículo 129: Ciudad de Buenos Aires: “gobierno autónomo”.

Y, paradójicamente, no menciona en forma expresa la autonomía referida a las Provincias, situación a la que tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia se han abocado en caracterizar y sustentar.

En este punto vale recordar que la norma constitucional que consagra la autonomía y autarquía de las universidades nacionales surge por su incorporación en el “Dictamen de la Comisión de Redacción sobre Despachos de las Comisiones de Competencia Federal y de Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal” (Orden del día N° 8), cuyo tratamiento comenzó el 4 de agosto de 1994 mientras se reformaba la Constitución Nacional<sup>29</sup>.

En lo concerniente a educación hubo concretamente dos dictámenes: el de mayoría (representada, por ejemplo, por los convencionales Barra, Corach, Berhongaray, Masnatta, Quiroga Lavié, García Lema, Carrió, Yoma y Rosatti) y el de la minoría (suscripto por los convencionales Zaffaroni, Álvarez, Estévez Boero, Ibarra, Oliveira y Cafiero –J. P.–).

El texto del dictamen de la mayoría, aprobado sin modificaciones, es hoy el inciso 19 del Artículo 75. El de la minoría, en lo que aquí interesa, eliminaba la referencia a la “autarquía” universitaria y a los “planes de instrucción general y universitaria” del antiguo Artículo 67, inciso 16.

Se ha dicho: “El debate fue bastante desordenado, en razón del tratamiento simultáneo de los múltiples y disímiles asuntos del orden del día, entre los cuales se

diluyó el tema educativo. Para más, la discusión sobre este tema se centró en la gratuidad de la educación pública estatal, a causa de la simultánea mención de la 'equidad', rechazada por la minoría. De la autonomía y la autarquía universitarias se habló poco y siempre en términos muy generales. En el Diario de Sesiones hay dos inserciones de cierta extensión, solicitadas por los convencionales Pedro Perette y Jesús Rodríguez, con sus respectivas posiciones sobre el tema universitario; pero, a los efectos de la interpretación auténtica de la norma, ellas tienen únicamente el valor de opiniones personales porque, además de llevar sus solas firmas, ni siquiera fueron expuestas ante sus pares en el recinto de las deliberaciones”<sup>30</sup>.

Esto es importante de destacar ya que la Corte Suprema reiteradamente vuelve sobre la interpretación auténtica del precepto constitucional.

En cualquier caso, la votación referida al tema educativo en la Convención Constituyente se llevó a cabo el 11 de agosto de 1994, donde se aprobó el actual artículo por el voto de 171 convencionales y 53 en contra.

Desde allí, tal como venimos viendo, tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>31</sup> han tratado de precisar los contornos de esa autonomía y autarquía.

Precisamente por esto consideramos oportuno, necesario e imperioso hacer el recorrido histórico antes esbozado que, aunque breve, nos da la oportunidad de situarnos y analizar la problemática desde otras múltiples miradas.

Volviendo sobre la interpretación de la autonomía universitaria desde el punto de vista estrictamente jurídico, muchas otras voces se han levantado desde la doctrina. Algunas, con una posición extremadamente restringida en la interpretación y, otras, por el contrario, reconociendo la ampliación de derechos consagrada constitucionalmente.

De este modo, tratando de citar distintas fuentes y concepciones, vemos, por ejemplo, que algunos consideran que autonomía y autarquía son conceptos escalonados y otros que tienen una diferencia cualitativa.

De este modo, entienden algunos: “a) 'Autarquía' significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para *administrarse a sí mismo*; b) la 'autonomía' agregaría

<sup>30</sup>Cantini, José Luis, *La autonomía y la autarquía de las Universidades Nacionales*, op. cit., pp. 9-11.

<sup>31</sup>En muchas ocasiones la CSJN ha tenido oportunidad de pronunciarse. Cito, de manera simplemente ejemplificativa, los siguientes casos: “Estado Nacional, Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional de Luján”, *Fallos*: 322:842 (1999), *LL* 1999-E-387; “Estado Nacional, Ministerio de Cultura y Educación”, *Fallos*: 322:1090 (1999), *LL* 2000-B-432; “Monges, Analía c/ Universidad de Buenos Aires”, *Fallos*: 319:3148, *LL* 1997-C-143.

<sup>29</sup>Toda esta secuencia puede apreciarse en el Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Buenos Aires, Argentina, Imprenta del Congreso de la Nación, Versión taquigráfica, 1994, p. 3155.

a la característica anterior la capacidad para *dictarse sus propias normas*, dentro del marco normativo general dado por un ente superior. 1. En realidad no existe sino una diferencia de grados, pero en nuestro país siempre se le ha querido agregar una dosis cualitativa. Es así como la antigua proposición de la autonomía académica de las universidades y una cierta autonomía municipal tienen recepción constitucional en 1994. 2. Salvo estas diferencias cualitativas que hacen a la extensión del control estatal, no hay diferencias intrínsecas. Adviértase que cuando se dice que la *autonomía* implica la posibilidad de *darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior*, tal definición abarca no solo a las provincias sino también a los entes autárquicos, pues estos, dentro del marco de sus estatutos, *también se dictan sus propias normas*. Dicho de otra manera, la autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse a sí mismo, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento (dentro, por supuesto, de lo establecido por las leyes y reglamentos que le hayan sido dados por el Estado a través de sus órganos). Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas 'autarquía' y 'autonomía', sino que existiría a lo sumo una diferencia de grado, de matices, que torna en consecuencia ociosa toda discusión acerca de la naturaleza 'autárquica' o 'autónoma' de un ente determinado<sup>32</sup>. Gordillo concluye en que la doble calificación constitucional de las universidades nacionales (como autónomas y autárquicas) demostraría que la Constitución no está contemplando distintos tipos de entidades sino distintos campos de actuación de un mismo tipo de ente.

En otra tesitura, diametralmente opuesta a la anterior, se sitúa por ejemplo Quiroga Lavié, quien si bien acuerda en que el Congreso puede planificar la educación y establecer exigencias curriculares como condición para obtener la promoción en cada etapa del aprendizaje, pero con la salvedad de que no puede aceptarse cualquier norma reglamentaria, considera que la reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones también al conceptualizar la legislación sobre esta materia como “de base”, lo que da lugar a una nueva clase de ley.

La Constitución Nacional –considera– impone límites (cuatro objetivos y dos garantías) en esta materia<sup>33</sup>:

<sup>32</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, 8ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, Cap. y pp. XIV-11/12.

<sup>33</sup> Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p. 218.

Objetivos que deben asegurar las leyes de organización y de bases:

1. Consolidar la “*unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales...*”;
2. Asegurar “*la responsabilidad indelegable del Estado...*”;
3. Asegurar “*la participación de la familia y la sociedad...*”;
4. Promover “*los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...*”.

Garantías que deben cumplir las leyes de organización y de bases:

1. Garantizar “*los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal...*”;
2. Garantizar “*la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...*”.

El concepto de autonomía incluye –a decir de Rosatti<sup>34</sup>– las siguientes potestades:

- 1) autonormatividad constituyente (capacidad para darse la propia norma fundamental en el marco del derecho no originario);
- 2) autocefalía (capacidad de elegir sus autoridades);
- 3) autarcía o autarquía (autosatisfacción económica y financiera);
- 4) materia propia (reconocimiento de un contenido específico con facultades de legislación, ejecución y jurisdicción), y
- 5) autodeterminación política (reconocimiento de garantías frente a las presiones políticas o económicas que pudieran condicionar el ejercicio de sus atribuciones. Las provincias están comprendidas en esta categoría).

Este autor, para diferenciar autonomía de autarquía, utiliza dos criterios: uno atiende al origen de las potestades del ente, el otro la vincula con el contenido de las potestades atribuidas. Es decir, “¿Autónomo es aquel ente que posee poder originario y autárquico el que posee poder derivado, o autónomo es aquel ente que posee diferentes o mayores potestades que el autárquico?”<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Rosatti, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1997, p. 94 y sig.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 104.

Para responder a esta pregunta y estas cuestiones, Ivanega<sup>36</sup> recrea la doctrina sobre el tema, considerando que Marienhoff se inclina por el primer criterio, “al sostener que el poder autónomo es el poder originario, tanto en un sentido lógico (no es delegado) como cronológico (nace del propio ente). Distinto es el poder autárquico, que sí es delegado y, por ende, no tiene nacimiento en él”.

Marienhoff desde hace tiempo venía distinguiendo los conceptos y aclaraba: “Mientras 'soberanía' y 'autonomía' implican conceptos políticos, 'autarquía' y 'autarcía' traducen conceptos administrativos”<sup>37</sup>. De ese modo: “El concepto de 'soberanía' puede ser analizado desde dos puntos de vista: a) En el orden externo, significa 'autodeterminación', 'independencia' en suma; b) en el orden interno traduce la 'potestas' del Estado sobre las personas y bienes existentes en su territorio. La Nación Argentina es soberana. 'Autonomía' significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella. Nuestras provincias son autónomas, pero no soberanas. La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejercitarse dentro de lo permitido por el ente soberano. De modo que autonomía es un concepto 'político', porque 'político' es el poder de propia legislación.

'Autarquía', en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta. Así, una entidad autárquica –por ejemplo, el Banco de la Nación Argentina– se administra a sí misma, pero de acuerdo a la ley de su creación”<sup>38</sup>.

Siguiendo este criterio: “[...] la autonomía es la posibilidad de que el ente público dicte normas jurídicas de carácter obligatorio, válidas y eficaces que conformarán su ordenamiento jurídico al cual se sujetará. Es un concepto político. La autarquía es la atribución que tienen las personas públicas estatales de administrarse por sí mismas, de administrarse sus propios intereses, aun

cuando forman parte del Estado. La entidad autárquica recibe la ley de afuera, es decir, no se da sus propias normas, como ocurre con los entes autónomos, pero es capaz de darse su propio estatuto quedando éste sujeto a lo que disponga la ley de su creación respecto a la aprobación del órgano central”<sup>39</sup>.

Diez, a su turno, con suma sencillez ha expresado que “entonces, entendemos por autónomo al ente que se da su propia norma, crea sus instituciones y se da su organización. Mientras que un ente autárquico es aquel que recibe las leyes de afuera y tiene que sujetarse a las mismas. Sus instituciones, su organización derivan directamente de la ley de su creación. La entidad autárquica no puede crearlas”<sup>40</sup>.

Por su parte, Bidart Campos sostiene con argumentos más que esclarecedores y lúcidos que el enunciado del Artículo 75 CN rescata un principio disputado y debilitado, cual es el de autonomía y, aunque este término siempre ha tenido un sentido político, el uso se trasladó a las universidades nacionales, lo cual apoya para “liberarlas de contaminaciones extrañas y de doblegamientos dependentistas por parte de los gobiernos de turno”. En ese tren, considera la autonomía de las universidades nacionales, por imperio constitucional, “[...] el efecto de erigirlas y reconocerlas como personas jurídicas de derecho público no estatales, lo que, entre otras consecuencias, surte la de colocarlas al margen de toda clase de intervención y subordinación respecto del Estado, como no sea en lo que pueda tener vinculación con los recursos que el Estado les depara a través del presupuesto.

También el presupuesto estatal destina fondos a los partidos políticos y a la Iglesia Católica, y nadie niega a aquéllos y a esta su naturaleza de personas jurídicas públicas no estatales”<sup>41</sup>.

La obra<sup>42</sup> más importante dedicada a la autonomía universitaria desde el punto de vista jurídico ha sido, tal

<sup>39</sup> Ivanega, Miriam Mabel, *Principios de la Administración Pública*, op. cit., p. 208.

<sup>40</sup> Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Plus Ultra, pp. 98/9.

<sup>41</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, “La reforma constitucional de 1994”, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 392-3.

<sup>42</sup> Godoy, Juan Adolfo, *La autonomía universitaria en jaque. Su necesaria reparación desde una perspectiva constitucional*, Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Editorial de la Universidad Nacional de Entre Ríos, 2001. Los párrafos que siguen son tomados, precisamente, de este libro, especialmente el Capítulo 3, “Autonomía institucional como garantía”, pp. 89-128.

<sup>36</sup> Citamos a continuación extractos de: Ivanega, Miriam Mabel, *Principios de la Administración Pública*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ábaco, 2005, p. 208.

<sup>37</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, AbeledoPerrot, 1977, p. 387.

<sup>38</sup> Idem.

vez, la del Dr. Juan Adolfo Godoy<sup>43</sup>, ya que no eludió la cuestión ni los posicionamientos políticos e intereses contrapuestos. Por el contrario, decididamente adoptó un punto de vista y fundamentó rigurosamente los criterios en que lo basaba.

Godoy no consideraba la autonomía como un concepto equívoco a partir de la reforma constitucional. Distingúa respecto a este concepto, por un lado, la Autonomía Institucional de primero o segundo grado (original o derivada), la que podía ser General –comprendiendo a la institución como un todo y a aquéllas que están dotadas de competencias de tal carácter–, como es el caso de las Provincias (Arts. 1º, 5º, 121 CN); los Municipios (Art. 123 CN) y la Ciudad de Buenos Aires (Art. 129 CN); o Especial –que comprende a la institución como un todo, aunque esté dotada de competencia para un servicio o conjunto de servicios determinados– ubicando en esta instancia la autonomía de las universidades nacionales (Art. 75, inc. 19 CN).

Aparte sitúa la Autonomía Funcional, la que no comprende la institución como un todo pero la dota de independencia con el fin de asegurar el objeto de su función (por ej., el contralor), pudiéndose hallar ejemplos de ella en el caso de la Auditoría General de la Nación (Art. 85 CN), Defensor del Pueblo (Art. 86 CN), Ministerio Público (Art. 120 CN), Consejo de la Magistratura (Art. 114 CN), Jurado de Enjuiciamiento (Art. 115 CN) e Institutos del Seguro Social Obligatorio (Art. 14 bis CN).

En virtud de ello, considera a las universidades nacionales dotadas de autonomía institucional de carácter especial, por lo que poseen las siguientes atribuciones:

- Autonomía constitutiva o constituyente;
- Autonomía normativa;
- Autonomía política;
- Autonomía administrativa;

- Autonomía económico financiera y
- Autonomía académica.

Habiendo efectuado este recorrido por la mirada y prédica de distintos autores, es importante destacar lo que hemos venido sosteniendo en el sentido de que la fórmula constitucional admite en su interior los postulados del movimiento de la Reforma Universitaria de 1918 que antes vimos<sup>44</sup>.

No tenemos dudas de que la educación es un bien social y un derecho humano esencial. Compartimos, en definitiva, la idea esbozada por los autores que consideran que, a partir de la reforma de 1994 de la CN, y precisamente por la tradición dada a la autonomía universitaria, queda descartada cualquier posibilidad de considerar las universidades nacionales como mera dependencia descentralizada de la Administración pública.

También compartimos que la ley que las regula tiene cortapisas que surgen del propio texto constitucional: se trata de una norma de organización y de bases, por lo que estamos en presencia de un tipo especial de ley, así establecida por la propia Carta Magna. Esta ley, entonces, debe establecer lineamientos genéricos y mínimos ya que toda autonomía se ejerce dentro de un marco jurídico más amplio que la limita.

Coincidimos en que, al referirse la Constitución Nacional a las universidades nacionales como “autónomas y autárquicas”, y al ser ésta la única mención en toda la Carta Magna que utiliza esas expresiones sin adjetivaciones, de corrido, y escaladas, y por su interpretación auténtica e histórica, la autonomía es el centro de gravedad, el género, y la autarquía, la especie<sup>45</sup> que de modo alguno puede ser desconocida por los poderes del Estado y que, por el contrario, su inclusión en la Constitución Nacional solo importa reforzar y dotar a las mismas de amplias facultades para desarrollar sus cometidos.

<sup>43</sup> A quien se le rindiera homenaje recientemente, en el simposio: “Pensar la Universidad en sus contextos. Perspectivas Evaluativas”, 24, 25 y 26 de agosto de 2011, Paraná, Entre Ríos, Universidad Nacional de Entre Ríos, Facultad de Ciencias de la Educación.

<sup>44</sup> Tal como diversos autores sostienen. Por ejemplo: Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p. 965.

<sup>45</sup> Tal como hacen notar: Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, op. cit., pp. 965-6.

Podríamos comenzar conceptualizando el control como la “actividad que garantiza dentro de la organización administrativa la correcta realización de su función”<sup>46</sup>, para lo cual debe procederse a la prevención, al ajuste o la rectificación.

Se trata, pues, de tener “[...] una visión amplia de control que no se agota en el plano meramente contable o financiero, sino que su mirada escruta otros aspectos del total comportamiento de la Administración pública tales como la juridicidad –la legalidad, la oportunidad, la conveniencia–, la toma de decisiones y sus motivaciones, la planificación, la programación y la opinión pública [...]”<sup>47</sup>.

Es así, entonces, que “en toda organización administrativa debe existir un sistema de controles o de medios de fiscalización de la actividad de la Administración pública y de la de quienes tratan con ella. Con dicho sistema de controles o de fiscalización se tiende a constituir un conjunto de garantías de legitimidad y de oportunidad en la actividad administrativa, a la vez que a lograr la eficiencia y la moralidad de la Administración”<sup>48</sup>, ya que “la actividad de la Administración debe realizarse dentro de las normas de derecho expresadas en las leyes formales y materiales, o en los principios generales que surgen del orden jurídico. La actividad debe dirigirse al cumplimiento de los fines públicos en la forma más eficaz [...] Aun en los supuestos en que la actividad de la Administración sea discrecional, debe

“Se han identificado tres modelos básicos: el modelo francés de la *Cour de Comptes* creado por Napoleón en 1807, que integra la Administración pública; el sistema italiano de la *Corte di Conti* con funciones jurisdiccionales, independiente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y el modelo angloamericano, Auditorías o Contralorías Generales que dependen de las Cámaras Legislativas.

<sup>46</sup> Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, AbeledoPerrot, 1995.

<sup>47</sup> Oliva, Gabino, “¿Crisis del control o control en crisis? Balance a quince años del sistema de control interno público”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 376:59, Año XXXII, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Rap, 2010, p. 59.

<sup>48</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 625-6.

### 3. Control interno.

#### 3.1. La noción de control.

realizarse dentro de los límites que señala el ordenamiento jurídico. El control sobre la actividad administrativa tiene como fin imponer el cumplimiento de la norma jurídica cuando ha sido lesionada o excluida. El orden jurídico impide la introducción de la ajuridicidad al excluir por todos los medios la injusticia y la arbitrariedad. Todos los controles tienden a este fin, cualesquiera sean los órganos que los realicen”<sup>49</sup>.

Lo cierto es que el control deviene necesario a partir del carácter republicano de nuestro Estado, y los principios de separación de Poderes, de juridicidad (y legalidad), y hace al buen uso del poder.

De todos esos principios, el de juridicidad se halla en la base de la arquitectura con que se construye el Estado. “La juridicidad constituye el presupuesto necesario del Estado jurídico; es un principio que expresa que toda la actividad estatal es manifestación jurídica y está sustentada en un sistema normativo integrado por normas, principios, técnicas y valores jurídicos [...] La legalidad es posterior a la juridicidad y nace de ésta como su consecuencia necesaria. La juridicidad es un dato esencial en todas las funciones del Estado, mientras que la legalidad establece principios propios para cada una de las funciones sobre la base de una política jurídica que aspira a realizar los fines públicos respetando los derechos individuales”<sup>50</sup>.

Vale decir, entonces, que el control hace a la actividad propia del Estado ya que permite advertir, en la práctica concreta, el cumplimiento de los fines y funciones propias de éste.

#### 3.2. El control en la actualidad.

En nuestro país, la Ley N° 24.156 estableció los sistemas de control interno y el control exterior, revalorizando el control de gestión como herramienta necesaria para que el funcionario público pueda orientar sus acciones hacia la consecución de los objetivos públicos puestos a su cargo, incluyendo las '3E' y diferenciando las competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo”<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo V, Buenos Aires, Argentina, Plus Ultra, 1971, pp. 311-2.

<sup>50</sup> Mata, Ismael, *Ensayos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Rap, 2009, p. 22.

<sup>51</sup> Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ábaco, 2003, p. 109.

Si quisiéramos ubicar el contralor, “puede afirmarse que todo lo atinente al contralor halla ubicación:

a) en las relaciones interorgánicas e interadministrativas, [...]; b) en la actividad interna de la Administración; c) en la actividad externa de la Administración. Los actos de contralor estarán regidos por uno u otros de los respectivos principios, según la índole de aquellos actos”<sup>52</sup>.

Este mismo autor que venimos siguiendo considera que el control o la fiscalización que se realice en la Administración puede clasificarse desde tres puntos de vista fundamentales:

a) En cuanto al “momento o tiempo” en que el mismo se realiza con relación al acto o comportamiento respectivos. En ese orden de ideas, el control o fiscalización puede ser anterior o posterior a la emisión del acto o realización del comportamiento, pudiendo revestir, asimismo, carácter preventivo o represivo; este último puede ser, a su vez, sustitutivo. Vinculados a este punto de vista corresponde mencionar la “autorización”, la “aprobación”, el “visto bueno”, la “suspensión” y la “intervención”.

b) En cuanto a la “iniciativa” para llevar a cabo el control o fiscalización. En tal sentido, estos pueden ser de “oficio” o a “petición o instancia de parte interesada”. Aparecen así la llamada “vigilancia” y los “recursos”.

c) En cuanto al “objeto” que se pretenda lograr con el control o fiscalización, éstos pueden ser de “legitimidad” o de “oportunidad”, según que tiendan a impedir o reprimir la violación de normas legales –jurídicas o no jurídicas, es decir internas o externas– o de conveniencia o mérito<sup>53</sup>.

Y esto es así porque “[...] el movimiento filosófico-político que dio origen al constitucionalismo moderno, en sus diversas expresiones, concibió al equilibrio republicano como una herramienta para la custodia de la libertad frente a la corrupción del poder. La comprensión de estas ideas exige reiterar hasta el cansancio que el principio de separación o división de Poderes no fue concebido como pauta científica que facilite la

governabilidad de los Estados o que otorgue mayor eficacia a las funciones encomendadas a sus autoridades, sino únicamente como medio de asegurar la libertad de los ciudadanos ante el exceso o abuso de poder, finalidad que debe privilegiarse frente a las demás que, obviamente, presenta en la organización institucional”<sup>54</sup>.

Diversos son los órganos que tienen asignadas funciones de contralor en el sistema constitucional.

Más allá del sistema de pesos y contrapesos establecidos entre la tríada de “Poderes” clásicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, lo cierto es que, desde la reforma constitucional de 1994, otros órganos también tienen esta competencia asignada.

Tal es el caso de la Auditoría General de la Nación (Art. 85 CN), del Defensor del Pueblo (Art. 86 CN), del Ministerio Público (Art. 120 CN), del Consejo de la Magistratura (Art. 114 CN), del Jurado de Enjuiciamiento (Art. 115 CN), entre otras atribuciones establecidas constitucionalmente en otras configuraciones organizacionales<sup>55</sup>.

Ahora bien, de los órganos antes citados, vemos que la Auditoría General de la Nación (AGN) es el órgano al que la Constitución le encomienda emitir dictámenes que sustenten el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos que realiza el Poder Legislativo. Es decir, se trata de un órgano extrapoderes, de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, que realizará el control de legalidad, de gestión y auditoría de toda actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización.

No cabe duda, pues, de que el contralor de las universidades nacionales recae sobre la órbita de competencia de la Auditoría General de la Nación.

Sin embargo, la creación de este organismo es anterior a la reforma constitucional, ya que sobrevino con la sanción y promulgación de la Ley N° 24.156. Esta ley “[...] significó una reforma integral de la Administración financiera y del control de la hacienda pública. Encontramos su origen en el Sistema Integrado Modelo de Administración

<sup>54</sup>García Pullés, Fernando, “Defensa institucional contra la corrupción. Herramientas para su eficacia. El proceso de clase. Necesidad de una regulación urgente”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 381, II, III y IV Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo, “Dr. Antonio Pedro Chede”, Año XXXII, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Rap, 2010, p. 189.

<sup>55</sup>Bidart Campos, por ejemplo, sitúa como órganos de control de rango constitucional a la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, “La reforma constitucional de 1994”, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 475 y sigs.

<sup>52</sup>Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 103-4.

<sup>53</sup>Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 631.

Financiera para América Latina y el Caribe (SIMAFAL), cuya implementación fue financiada por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Aplicado en varios países latinoamericanos (Bolivia, Panamá, Brasil, El Salvador, Ecuador) aunque con variantes, en nuestro país significó la derogación de la Ley de Contabilidad, Decreto Ley N° 23.356”<sup>56</sup>.

“Para simplificar y resumir los antecedentes del régimen vigente en la actualidad –Ley N° 24.156–, nos limitaremos a señalar los lineamientos generales del que lo precedió, o sea, el de la Ley de Contabilidad de la Administración Central y Descentralizada, establecido por el Decreto Ley N° 23.354 del año 1956, convalidado por la Ley N° 14.467 dos años después. De acuerdo con ese cuerpo normativo, actuaban dos órganos: la



Estos términos suelen utilizarse de manera indiscriminada. Por esa razón nos permitimos una breve referencia al respecto, ya que anteriormente utilizamos esta terminología.

“La economía, desde el punto de vista de la auditoría operacional, es lograr el costo mínimo posible, es decir, gastar solamente lo necesario o prudente para alcanzar una meta u objetivo [...] La eficacia consiste en lograr o alcanzar los objetivos propuestos, las metas programadas, o los resultados deseados [...] Eficiencia es un criterio que relaciona la productividad de las operaciones o actividades con una medida, criterio o estándar de desempeño”<sup>58</sup>.

“Hay, en consecuencia, tres conceptos jurídicos indisolublemente unidos: derecho fundamental, garantía (como la 'reserva del legislador') y procedimiento”<sup>59</sup>.

“La forma en que se desenvuelve una actividad determinada puede ser valorada desde el punto de vista jurídico (legalidad y razonabilidad) o desde la perspectiva de la ciencia de la Administración y, en este caso, la actividad será eficiente o ineficiente, o eficaz o ineficaz (juicio de mérito)”.

'Contaduría General de la Nación' y el 'Tribunal de Cuentas de la Nación'. La primera entendía del *control interno* de la hacienda pública, consistente en un monitoreo de la regularidad contable –tal como su nombre lo indica y las precisiones del Decreto reglamentario respectivo N° 5.506/1958–, tratándose, pues, de un tipo de *control previo*.

Por su parte, el segundo –Tribunal de Cuentas– tenía a su cargo el *control externo*, que se asumía con *posterioridad* al acto –en principio–; no obstante lo cual ese órgano –en la práctica– fue extendiendo sus incumbencias más allá del espacio de la 'hacienda pública' en sentido estricto y, asimismo, ejerció facultades 'previas' en materia de libramiento de fondos provenientes del Tesoro Nacional, basándose para ello en el Artículo 46 de la ley correspondiente”<sup>57</sup>.

### 3.3. Sobre economía, eficiencia y eficacia. Las “3 e”.

“Desde la perspectiva del mérito, la actividad administrativa consiste sustancialmente en un juicio de comparación y de elección entre varios intereses públicos, ordenándolos jerárquicamente, y aun sacrificando algunos si fuera necesario satisfacer un interés primario comprometido”<sup>60</sup>.

Al respecto, véase el Artículo 4° de la Ley N° 24.156 y la incorporación de estas cuestiones en la reforma constitucional de 1994, que –para muchos autores– poseen efectos expansivos en la Administración pública. Ahora bien, en la Administración pública, las necesidades deben estar previstas y ser cualificadas y cuantificadas, y en función de ellas los recursos han de procurarse en la cantidad requeridos y al costo mínimo. “La economía en la gestión administrativa consiste en obtener los recursos en las condiciones antedichas y con sujeción a los intereses que debe satisfacer la organización”<sup>61</sup>.

Por su parte, la eficiencia se refiere a la mejor relación posible entre insumos y resultado final. “La 'eficiencia' debe distinguirse de la 'productividad', ya que ésta se limita a la relación aritmética entre insumos y productos, entre la cantidad de los bienes y servicios empleados y la

<sup>56</sup> Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, op. cit., p. 25.

<sup>58</sup> Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, op. cit., pp. 95-6.

<sup>59</sup> Mata, Ismael, *Ensayos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 27.

<sup>57</sup> Vanossi, Jorge R., “Control y responsabilidad de la Administración financiera y pública”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 376:9, Año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

<sup>60</sup> *Ibíd*em, p. 154.

<sup>61</sup> *Ibíd*em, p. 154.

cantidad de los bienes o servicios producidos. En cambio, la 'eficiencia' está unida a un modelo de rendimiento y se configura a través de la relación entre la productividad –insumos y resultado– y el modelo o patrón de rendimiento”<sup>62</sup>.

El autor que venimos siguiendo en estos párrafos anteriores considera: “Los datos de la 'economía' y 'eficiencia' funcionan y tienen vigencia dentro de la organización administrativa, mientras que la 'eficacia'



Podría afirmarse que el control es el género y la auditoría una de sus especies. Lo cierto es que la auditoría es una técnica de control. Éste último concepto, entonces, engloba aquél.

En el control se agrupan todas las maneras de fiscalizar y, en lo que respecta a la auditoría propiamente dicha, se hallan solo las que obedecen a la metodología propia de éstas que se caracterizan por ser un control posterior.

Auditoría deriva “[...] del inglés *to audit*, que significa 'verificar', 'inspeccionar', este término encuentra su origen, al igual que la palabra española audiencia, en las voces latinas *audire* (oír), *auditio* (acto de oír o audición de una lectura pública o de una declamación) o *aiditus* (oído, facultad de oír)”<sup>65</sup>.

En la auditoría propiamente dicha se aplican procedimientos, técnicas y criterios que llevan a cabo auditores, quienes realizan su labor con posterioridad, es decir, controlan actos u operaciones que ocurrieron en el pasado, no concomitantemente. Al menos, este es el criterio general en la materia.

La auditoría gubernamental se orienta a controlar, con técnicas y procedimientos especiales para desarrollar su cometido, aspectos de la organización estatal o del sector público.



La Ley N° 24.156 regula, respecto al sector público nacional, la Administración financiera (que se integra con los sistemas: presupuestario, de crédito público, de tesorería y de contabilidad) y de control (sistema de control interno y sistema de control externo).

apunta a las 'consecuencias' externas de la acción administrativa, al impacto fuera de organización; en definitiva, a determinar si el obrar del aparato fue 'meritorio' y logró la satisfacción del interés público comprometido”<sup>63</sup>.

Por último, vale aclarar que la eficiencia en el ejercicio de las funciones tiene jerarquía constitucional “en cuanto constituye un valor necesario para obtener el 'bienestar general' y la 'prosperidad del país”<sup>64</sup>.

### 3.4. Sobre la auditoría.

De este modo, “[...] los organismos de control aplican la técnica de la auditoría, planificando anualmente sus actividades y determinando qué programas, proyectos, organismos o entes deben ser auditados, teniendo en cuenta que las 'muestras' a controlar resulten significativas del universo de la actividad administrativa. Una característica particular de nuestro sistema es la separación entre responsabilidad patrimonial y función de control”<sup>66</sup>.

Vale decir, entonces, que es perfectamente separable la actividad de control, en tanto comprobación de una conducta o actividad según pautas y normas previamente establecidas, de la sanción que pudiera ello ocasionar. Este último aspecto se engloba dentro del concepto de responsabilidad, que es ulterior y separable de la actividad de control específico.

Ahora bien, si tuviéramos que plantear cuáles son los principios o reglas fundamentales del control, podríamos coincidir en que existen al menos tres fundamentales en la teoría y práctica del control:

- 1) Independencia del controlante respecto del controlado.
- 2) Acceso a la información.
- 3) Que el control recaiga sobre lo significativo y no sobre lo nimio o baladí<sup>67</sup>.

### 3.5. La Ley N° 24.156 y el control interno.

Además regula lo atinente a la responsabilidad patrimonial de funcionarios (Arts. 130 y 131).

El Título VI lo dedica al control interno (Arts. 96 a 115) y el Título VII al control externo (Arts. 116 a 127), estableciendo luego la composición y competencia de la

<sup>63</sup> Ibídem, p. 155.

<sup>64</sup> Ibídem, p. 158.

<sup>66</sup> Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, op. cit., p. 110.

<sup>67</sup> Tal como claramente ha expuesto Vanossi, Jorge R., “Control y responsabilidad de la Administración financiera y pública”, op. cit., p. 13.

<sup>62</sup> Ibídem, p. 155.

<sup>65</sup> Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, op. cit., p. 82.

Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas (Arts. 128 y 129).

A su vez, dicha normativa se enmarca en una serie de objetivos, explícitos, y que se hallan condensados en el Artículo 4º de la norma.

En lo que respecta al control interno específicamente, dicha ley establece que:

- La autoridad superior de jurisdicción o entidad tiene la responsabilidad de mantener un adecuado sistema de control interno.

- Ese control interno debe incluirse dentro del plan de la organización, en reglamentos y manuales, instrumentos de control previo y posterior, así como la auditoría interna.

- Se considera la auditoría interna un servicio a la organización, la que consiste en el examen posterior de las actividades realizadas por auditores integrantes de las UAI.

- Las actividades objeto de auditoría deben mantenerse desligadas de las funciones de los auditores internos.

- El control implica una visión integradora de la actividad pública, ya que el control debe ser integral (abarcar aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión) e integrado (debe formar parte del análisis en la toma de decisiones).

- El control se realiza teniendo en cuenta, primordialmente, criterios de economía, eficiencia y eficacia.

- El sistema de control interno está conformado por la Sindicatura General de la Nación (SiGeN) y las Unidades de Auditoría Interna (UAI).

La Sindicatura General de la Nación (SiGeN) es el órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional –según la ley–, para lo cual fue dotada con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, y depende del Presidente de la Nación, siendo materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica. Las funciones de la SiGeN se hallan explícitas en la ley que comentamos<sup>68</sup>.

A su vez, existen Unidades de Auditoría Interna (UAI) en cada una de las jurisdicciones y entidades –según lo establecido en el Artículo 100 de la ley– que, por lo general, reportan y se rigen por la normativa emanada de la SiGeN. Precisamente ésta, en tanto órgano normativo, de supervisión y coordinación, ha emitido una profusa reglamentación aplicable al control interno.

Por ejemplo, la normativa básica que rige la Auditoría Interna Gubernamental la encontramos en las siguientes Resoluciones:

- Resolución SiGeN N° 152/02 - Normas de Auditoría Interna Gubernamental.

- Resolución SiGeN N° 03/2011 - Manual de Control Interno Gubernamental.

- Resolución SiGeN N° 37/06 - Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado.

- Resolución SiGeN N° 48/05 - Normas de Control Interno para Tecnología de la Información del Sector Público Nacional.

Además, diversas normas también atribuyen otras funciones a la SiGeN, como por ejemplo, las relacionadas a:

- Responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos

- Control de precios testigo

- Planes de desarrollo social

- Contrataciones del Estado

- Consolidación de deudas

- Discapacidad

Sobre la base de ese profuso plexo normativo, las UAI realizan en cada caso su labor, ya sea a través de la elaboración de Informes de Auditoría –basados en Proyectos de Auditoría– o el cumplimiento de ciertas comunicaciones –si se trata de Tareas de Auditoría.

Además, la SiGeN ha elaborado y condensa toda la información que se le remite a través de sistemas informáticos específicos<sup>69</sup> para lo cual las UAI confluyen a través del uso de la tecnología en un canal permanente de comunicación y de reporte de situaciones.

<sup>69</sup>En general, las UAI trabajan con el SISIO WEB II, sistema que permite planificar las distintas actividades de la UAI, reflejar su ejecución, cargar los Informes de Auditoría, las horas insumidas y hacer el seguimiento de las observaciones y recomendaciones que se formulan. Además, se cuenta con el sistema SISREP específico para los perjuicios fiscales. En ambos casos, las UAI proceden a su utilización en forma cotidiana no solo por ser obligatorio –en virtud de la normativa de SiGeN– sino que facilita el trabajo cotidiano.

<sup>68</sup>Ley N° 24.156 - Art. 104.

Respecto al control de las universidades nacionales podemos afirmar que se acepta unánimemente y sin mayores dificultades que las mismas deben ser controladas por algún órgano competente en la materia. La discusión surge sobre cuál es ese órgano competente.

Lo cierto es que, fugazmente, podemos mencionar que los autores se hacen eco de estas preocupaciones y explicitan sus criterios al respecto.

Se ha dicho, entonces: “[...] la autarquía económica y financiera no impide el control de sus cuentas, desde que ellas se nutren de los fondos públicos y dinero de los contribuyentes, también de los que no concurren a sus aulas. Por su lado, la autonomía no está exenta del control judicial de razonabilidad de sus resoluciones, en tanto éstas pueden afectar derechos constitucionales de terceros”<sup>70</sup>.

Por su parte, Quiroga Lavié considera que “el alcance de la 'autarquía' en materia universitaria significa autonomía en lo administrativo-económico-financiero patrimonial, es decir, que implica la autogestión de las propias universidades (capacidad de administrarse a sí misma) y el correlativo deber estatal de proveerle los fondos suficien-

Tratando de ceñirnos al trabajo de investigación no quisiéramos rehuir a la pregunta de fondo. Y así, podríamos preguntarnos por qué resulta aplicable la Ley N° 24.156 y, dentro de ella, específicamente el contralor por parte de SiGeN a las universidades nacionales, fundamentalmente teniendo en cuenta que del propio texto legal surge que la SiGeN depende del Poder Ejecutivo Nacional y controla a éste, a los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que de él dependen.

En ese sentido, debemos reconocer que las universidades no se hallan comprendidas dentro de las instituciones enumeradas en el Artículo 8° de la Ley N° 24.156, pero lo cierto es que resulta aplicable ésta norma a aquéllas por la remisión que efectúa el Artículo 59 de la LES<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, op. cit., p. 206.

<sup>73</sup> Ley N° 24.521 – Ley de Educación Superior: Artículo 59: Las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

## 4. Control interno y autonomía universitaria.

### 4.1. El control y las universidades nacionales.

tes. El Estado no puede desentenderse de asistir las presupuestariamente, pues ello es una *responsabilidad indelegable*. Solo podrá controlar la aplicación de los recursos públicos presupuestados que se les transfiera a las universidades pero no los propios obtenidos por su propia cuenta”<sup>71</sup>.

En definitiva, “[...] en lo concerniente al contralor fiscal del gasto (hasta 1992 a cargo del Tribunal de Cuentas de la Nación y, posteriormente, a cargo de la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación), las universidades han estado comprendidas en el régimen general de la Administración nacional. Pero desde 1957, en virtud del Decreto Ley N° 7.361/1957 (Art. 9°), ese contralor dejó de ser previo, como en el resto de la Administración, para efectuarse *con posterioridad a la efectiva realización de los gastos*. Con la única excepción de la Ley N° 20.654 –que guardó silencio al respecto–, dicha norma figuró en todas las posteriores: N° 17.245 (Art. 112), N° 22.207 (Art. 71), N° 23.151 (Art. 11) y N° 23.659 (Art. 24). La Ley N° 24.521, en cambio, no la recoge y remite directamente a la Ley N° 24.156 y a la reglamentación prevista en el inciso f del propio Artículo 59 [...]”<sup>72</sup>.

### 4.2. La Ley N° 24.156 y las universidades nacionales.

En la actualidad en las universidades nacionales funciona una Unidad de Auditoría Interna (UAI) compuesta de diferentes auditores y con estructuras diversas.

Existen, de ese modo, Auditores Titulares, responsables de las UAI y diferentes Auditores: económico financieros, operacionales, en sistemas y, por supuesto, legales<sup>74</sup>. Podría decirse que no todas las UAI de las Universidades Nacionales se vinculan formalmente a la SiGeN en razón de su autonomía y, de hecho, en algunos supuestos es así, pero a la postre y en la práctica, la SiGeN es el órgano que coordina la labor de las distintas auditorías universitarias. Hemos visto, entonces, que la SiGeN es una entidad que, en el esquema de la Ley N° 24.156, depende y controla al Poder Ejecutivo Nacional y, precisamente, ese es el punto

<sup>71</sup> Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, op. cit., p. 967. El destacado es nuestro.

<sup>72</sup> Cantini, José Luis, *La autonomía y la autarquía de las Universidades Nacionales*, op. cit., p. 92.

<sup>74</sup> Vale destacar, no obstante, que no en todas las UAI existen Auditores Legales, cuya especificidad debe ser reconocida.

cuestionado por muchos ya que tensaría y, en algunos casos, se entiende avasallaría la autonomía universitaria.

Vale decir, entonces, que la relación entre SiGeN, UAI y universidades nacionales dista de ser siempre pacífica sino que en la práctica cotidiana su interrelación produce fricciones, tensiones y controversias.

Por otro lado, y recientemente, la SiGeN ha impulsado y establecido nueva normativa que la vincula con las universidades nacionales.

Nos referimos puntualmente a la Resolución SiGeN N° 36/11, por la que se deroga la Resolución SiGeN N° 114/04 y se aprueba el Programa de Fortalecimiento del Sistema de Control Interno que incluye distintos instrumentos para lograr su cometido. Entre ellos se establecen los siguientes: a) Plan Compromiso de mejora de la gestión y el control interno; b) Comité de Control; y c) Autoevaluación y diagnóstico de procesos. Asimismo, por Resolución SiGeN N° 97/11 se establecen los informes periódicos de control interno y de gestión. Se



Consideramos que, dado el sistema actual de control del sector público, esto es, la existencia de sistemas de control: externo e interno, resulta imprescindible que las universidades nacionales también adopten parámetros y criterios de control interno adecuados, pertinentes y suficientes.

Existen, de lo contrario, “riesgos” que atentarían contra la gestión del interés público que tienen asignadas las Casas de Estudio y contra el principio de juridicidad que hemos examinado.

Puntualmente, hacemos referencia a los siguientes “riesgos”<sup>77</sup>:

- a) Disolución del control público: inexistencia de control o control meramente formal.
- b) Atomización del control: falta de perspectiva

trata de nuevas formas y metodologías vinculadas al control que procuran diversos objetivos.

A título ejemplificativo, podemos mencionar que el Comité de Control es la vigilancia del adecuado funcionamiento del sistema de control interno y el mejoramiento continuo del mismo. Se trata de un ámbito donde canalizar las propuestas de mejoramiento y fortalecimiento de las distintas áreas de la organización y de mejora del sistema de control interno.

Focalizamos en el Comité de Control por cuanto, al momento de elaborarse este trabajo<sup>75</sup>, trece (13) universidades nacionales han establecido, mediante Acta Acuerdo con SiGeN, la existencia de un Comité de Control en su ámbito<sup>76</sup>.

Vale decir, entonces, que las posibles “confrontaciones” y posiciones contradictorias se han ido diluyendo a través de mecanismos novedosos que requieren el acuerdo y consentimiento expreso tanto de la SiGeN como, principalmente, de las propias universidades nacionales involucradas.

#### **4.3. Riesgos y desafíos del control interno en las universidades nacionales.**

integradora en la realización del control y, por ende, deficiencias severas en el control adecuado de los aspectos a auditar.

c) Reducción significativa del control: eximición de controles e irresponsabilidad de los funcionarios.

d) Superposición de controles: auditar materias idénticas por distintos órganos lleva a la redundancia, falta de coordinación, y relajación de los controles profundos y técnicamente fundados.

e) Extemporalidad del control: no tiene relevancia un control realizado de manera inoportuna.

A los riesgos antes enumerados oponemos los desafíos que conlleva articular el control interno con el respeto debido a la institucionalidad del ámbito donde se desarrollará dicho control, esto es, efectuar el control respetando la autonomía universitaria.

<sup>77</sup> Seguimos, en este aspecto, el trabajo de: Azar, Aldo M., “El sistema integral e integrado del control público: bases, obstáculos, riesgos y desafíos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 397, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011.

<sup>75</sup> En este caso, nos referimos al tiempo de realización y presentación de la Tesina con su investigación pertinente.

<sup>76</sup> Al solo título ejemplificativo citamos la Universidad Nacional de Entre Ríos, la Universidad Nacional de Formosa, la Universidad Nacional del Comahue.

## 5. Jurisprudencia sobre la materia.

### 5.1. En general.

Distintos fallos han construido una abundante jurisprudencia sobre las cuestiones universitarias<sup>78</sup>.

Más allá de que las distintas posiciones doctrinarias van a marcar, a partir del propio punto de vista asumido en relación con esta temática, distintos hitos o marcas o estándares seguidos por la jurisprudencia, lo cierto es que se han realizado trabajos intensos y profundos procurando sistematizar e historizar esta problemática<sup>79</sup>.

No podemos soslayar que, acertadamente, se ha periodizado la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en distintas etapas<sup>80</sup>:

1) Primera etapa: de 1862 a 1930: etapa donde prima el respeto de la autonomía universitaria, posicionándose la Corte como un actor secundario en las disputas entre éstas y el Poder Ejecutivo, aunque –vale remarcar– aún se consideraba a la Universidad como “apéndice” de la Administración central.

2) Segunda etapa: de 1931 a 1971: época en que la Corte comienza a intervenir en mayor medida en conflictos en que intervienen las universidades a partir del discurso de la “discrecionalidad universitaria”.

3) Tercera etapa: 1972 a 1990: la CSJN determina algunos límites al discurso de la discrecionalidad universitaria, fundamentalmente a partir de la arbitrariedad manifiesta, esto es, la autonomía no puede invocarse en esos casos, es decir, cuando se contraviene el principio de razonabilidad o se afectan otros derechos o garantías constitucionales.

4) Cuarta etapa: de 1990 a 2000: donde la Corte, sobre todo a partir de la vigencia de la LES, realiza un control amplio de la autonomía universitaria.

5) Quinta etapa: de 2000 a la fecha: podríamos decir que, hasta 2004, los casos analizados por la CSJN se referían a la impugnación de legalidad y razonabilidad en el desarrollo de concursos docentes.

Allí la Corte parecía volver a la tradicional jurisprudencia de limitarse y controlar solo cuando el vicio era de arbitrariedad y manifiesta.

Sin embargo, con algunos de los últimos fallos emitidos por la Corte<sup>81</sup>, ésta (en su mayoría) se abstiene de analizar la constitucionalidad de la LES, por lo que el final es incierto, por cuanto la CSJN procura realizar una interpretación razonable y armónica de la ley y del plexo

<sup>78</sup>Citamos a continuación algunos de ellos, de modo no taxativo: caso “Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de Luján”, Fallos: 322:842, del 27-5-1999; similares precisiones se hicieron en los autos 326:1355; 322:875; 322:904; 322:919 (“UNC c/ Estado Nac.”); 319:3148 (“Monges”); 314:570 (“UBA c/ Estado Nac.”); 299:185, entre otros; CSJN, caso “Universidad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de decreto”, del 18-6-1991, Fallos: 314:570; CSJN, caso “Monges, Analía M. c/ UBA”, del 16-12-1996, Fallos: 319:3148; CSJN, caso “Universidad Nacional de Córdoba c/ Estado Nacional s/ declaración de inconstitucionalidad”, del 27-5-1999, Fallos: 322:919; CSJN, caso “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/ Universidad Nacional de Luján s/ aplicación Ley N° 24.521”, del 27-5-1999, Fallos: 322:842; CSJN, caso “Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional de Cuyo”, del 27-5-1999, Fallos: 322:904; CSJN, caso “Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional del Sur”, del 27-5-1999, Fallos: 322:875; CSJN, caso “Ministerio de Cultura y Educación”, del 31-3-1999, Fallos: 322:1090; CSJN, caso “Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Banco de la Nación Argentina”, del 24-4-2003, Fallos: 326:1090; CSJN, caso “Padres de alumnos de colegios dependientes de la Universidad Nacional de Cuyo”, Fallos: 322:270; CSJN, caso “González de Delgado, Cristina c/ Universidad Nacional de Córdoba”, del 19-9-2000, Fallos: 323:2659 (causa del Colegio Monserrat); CSJN, caso “Hall, Juan A. y otros c/ Universidad de Buenos Aires”, del 28-3-2000, Fallos: 323:620; CSJN, caso “Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/ Art. 34 de la Ley N° 24.521” (Universidad Nacional de La Plata) (M. 976 – XXXV), del 6-5-2008, publicado en LL 2008-C-665; CSJN, caso “Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de General Sarmiento s/ Res. (AU) N° 6/99 H.A.U. (aplic. Ley N° 24.521)” (E. 129 – XL), del 6-5-2008, publicado en LL 2008-C-666.

<sup>79</sup>Véase en ese sentido el trabajo de Clérico, Laura; Scioscioli, Sebastián y Cardinaux, Nancy, “Alcance de la autonomía universitaria: entre la moderación y la intervención judicial. Hacia una periodización de la jurisprudencia de la Corte”, JA 2009-I, Suplemento del fascículo 12.

<sup>80</sup>Seguimos, en este aspecto, la obra de Ruiz, Guillermo y Cardinaux, Nancy (compiladores), *La autonomía universitaria: Definiciones Normativas y Jurisprudencia en clave histórica y actual*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Editorial La Ley, 2010.

<sup>81</sup>Nos referimos, puntualmente, a los casos –cuyo análisis excedería los límites de este trabajo–: “Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/ Art. 34 de la Ley N° 24.521”, M. 976. XXXV, Sentencia del 6-5-2008; “Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de General Sarmiento s/ Res. (AU) N° 6/99 H.A.U. (aplic. Ley N° 24.521)”, E. 129. XL, Sentencia del 6-5-2008; y “Facultad de Ciencias Médicas c/ Universidad Nacional de La Plata”, Sentencia del 21-10-2008.

normativo que conforma el estatuto universitario y la Constitución Nacional, considerando un exceso ritual manifiesto la elección de un método interpretativo



Ahora bien, en la materia que nos convoca existe un precedente jurisprudencial que, a nuestro entender, resulta sumamente importante porque analiza la cuestión del control interno, las Unidades de Auditoría Interna y las Universidades.

Y aun va más allá, por cuanto analiza la constitucionalidad del decreto reglamentario de la Ley N° 24.156 referido al cargo de auditor y las implicancias del mismo sobre el control.

Se trata de la causa “Padin, Carlos Eduardo c/ Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco s/ ordinario”<sup>82</sup>, donde el Poder Judicial tuvo la oportunidad de analizar los agravios presentados contra la Sentencia de Primera Instancia por la cual había resuelto hacer lugar a la demanda presentada por Padin contra la UNPSJB declarando la nulidad de la Resolución Rectoral N° 1/01 y de la Resolución “C.S.” N° 4/01, disponiéndose la reincorporación del actor al cargo de titular de la Unidad de Auditoría Interna de esa universidad, declarándose, además, la inconstitucionalidad del Artículo 5° del Decreto PEN N° 971/1993, y estableciendo que el actor gozará de estabilidad propia consagrada en la Constitución Nacional para el empleado público de conformidad con el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

El fallo de la Cámara confirmó la Sentencia de Primera Instancia –que luego quedó firme– en virtud del análisis de los distintos agravios que fueron planteados. Más allá de cuestiones de procedimientos que fueron ventiladas (por ej., la competencia de los jueces para entender en primera instancia en relación con lo dispuesto por el Art. 32 de la Ley de Educación Superior, fundamentación, etc.), en lo atinente a la materia de este trabajo, nos interesa destacar que la Cámara considera que el marco normativo que rige el cargo de Auditor Interno, creado por Decreto N° 971/1993, ratifica lo establecido en primera instancia en orden a que hubo un exceso reglamentario en el mismo, toda vez que la Ley N° 24.156 no alude al carácter transitorio o inestabilidad de

destinado a confrontar y no a armonizar la disposición estatutaria con las otras normas en análisis.

## 5.2. Algunos fallos puntuales.

la función por parte del auditor interno y, además, porque la norma reglamentaria contraría el espíritu de la ley que le sirve de fuente e inspiración.

La Cámara se detiene a considerar lo establecido en el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el impacto del fallo “Madorrán” de la CSJN (que no solo otorga el carácter operativo a la estabilidad del empleado público, sino que además la reglamentación no puede desconocerlo), ni resulta aplicable al caso la doctrina de los actos propios.

A su vez, la Sentencia de Primera Instancia –que, como se dijo, resultó confirmada– analiza que el acto administrativo de remoción del auditor interno no reflejaba las verdaderas motivaciones del alejamiento del actor, ya que éste constituía un obstáculo para el manejo discrecional que el titular de la casa de estudios venía llevando a cabo en su política universitaria, en un claro y flagrante ejercicio abusivo de su poder institucional.

El juez de grado, de este modo, analizó pormenorizadamente el caso, las falencias de los actos administrativos cuestionados (por ej., falta de causa, motivación y finalidad), los presupuestos fácticos, el derecho aplicable.

Ahora bien, en cuanto a la ponderación de la inconstitucionalidad del Artículo 5° del Decreto N° 971/1993 dicho magistrado consideró absurda e ilógica dicha disposición, por cuanto pareciera que “[...] el Estado aparenta que quiere, pero en verdad no quiere ser controlado, desde el momento que nombra y remueve al funcionario a cargo del área de control”.

Sobre este último aspecto reflexiona concienzudamente sobre la potestad de la Administración en torno a la reglamentación de la ley, la estabilidad del empleado público (que en el caso del auditor interno considera estabilidad propia).

Más recientemente aún, la Corte ha decidido la causa “Franchini, Rafael Luis c/ Resolución 320/03 del Consejo Superior de la UNNE”<sup>83</sup>, en la que el máximo tribunal se remite a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal. En

<sup>82</sup> Expte. N° 23.368, fallado por la Cámara Federal de Apelaciones con asiento en Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, el 21-8-2008.

<sup>83</sup> Fallo del 4 de septiembre de 2012.

dicho documento<sup>84</sup> la Procuradora cita la postura de la Corte que considera que “el objetivo de la autonomía es desvincular a la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida que ella se enmarque en las

pautas que fijó el constituyente emanadas de la Constitución Nacional (*Fallos*: 326:1355)” y, tomando argumentos surgidos de la propia Procuración del Tesoro de la Nación, concuerda en que a las universidades se “[...] las posiciona institucionalmente en un lugar que se halla exento del control del poder central [...]”.

## 6. Algunas conclusiones.

La Argentina, a lo largo de los años, viene desarrollando una tarea muy importante en procura de lograr una Administración basada en los principios de juridicidad y separación de Poderes. Tanto es así, que ha dictado una serie de normas que debemos tener en cuenta de manera primordial. Nos referimos, puntualmente, a la Ley N° 24.759 –Convención Interamericana contra la Corrupción– y a la Ley N° 26.097 –Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Otras normas, tales como la Convención para combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Transnacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) también encaran esta problemática, entre otras.

Además, debemos tener en cuenta las siguientes Leyes: Nros. 25.246, 26.087, 26.119, 26.268 y 26.683 sobre esta materia, especialmente –en lo que nos atañe– sobre encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo.

El carácter y origen de algunas de estas normas (internacional) refuerza la primacía de los valores jurídicos en juego, el resguardo de la institucionalidad y la necesidad de la existencia de controles adecuados.

Esto es así, por cuanto “[...] la corrupción –en cualquier tiempo y en todas sus expresiones– no fue ni es otra cosa que un abuso de poder, pues significa, en síntesis, adueñarse del principio de legalidad y de la prioridad del interés público, sustituyéndolos por el beneficio personal, de una clase o categorías de personas”<sup>85</sup>.

Por otro lado, podemos coincidir en que existen distintas causas para la corrupción<sup>86</sup>, que no necesariamente se vinculan con el actuar doloso de funcionarios y demás

sujetos, sino también reconocemos otras cuestiones a considerar tales como: el desconocimiento de la existencia de normas; la oscuridad o ambigüedad de las normas; normas de validez dudosa; desprecio a la ley; entre otras.

Precisamente por ello es que nos preocupa esta temática, ya que se vincula el control interno –necesario, sin duda– con las Universidades Nacionales, instituciones autónomas y autárquicas que, sin embargo, no han sido reconocidas de este modo explícito en toda la legislación que le resultan aplicables, lo cual no trae poco problemas interpretativos y de aplicación.

Además, analizamos el control interno en una institución que ha sufrido constantes embates, marchas y contramarchas, reformas y contrarreformas, marcadas por su tensión con el Estado. Ha habido alianzas, sin duda, pero también fracturas y recelos.

En ese sentido, el análisis que conjugue el control interno con la universidad nacional hace necesario efectuar un análisis basado no solo en una interpretación “auténtica” como parece propone la CSJN –basada en los debates y posiciones sostenidos en el seno de la Convención Constituyente que reformó la Constitución Nacional en 1994–, sino también en el reconocimiento y afirmación del proceso histórico que condujo a la construcción de este tipo de institución –interpretación histórica. Y esta postura se vincula fuertemente con la posibilidad de superar algunas tensiones para posibilitar nuevas realidades.

Insistimos una vez más en que la interpretación jurisprudencial debe sopesar y valorar no solo los bienes jurídicos en juego sino también la historicidad y la construcción colectiva habida en los conceptos en juego.

<sup>84</sup> Suscripto por la Dra. Laura M. Monti el 15-12-2009.

<sup>85</sup> García Pullés, Fernando, “Defensa institucional contra la corrupción. Herramientas para su eficacia. El proceso de clase. Necesidad de una regulación urgente”, *op. cit.*, p. 188.

<sup>86</sup> Sobre el particular, es importante tener presente la obra de Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007.

Cuando hablamos de autonomía universitaria y control interno, en definitiva, tenemos que ser conscientes de que no se trata de hacer explícitos compartimentos estancos, separados y opuestos, sino, por el contrario, de preguntarnos y conocer sobre las relaciones y tensiones que subyacen en los mismos, y procurar brindar aportes para superar falsas dicotomías y apostar a resignificar, a dotar de nuevos sentidos, la juridicidad en el ámbito universitario.

En definitiva, se trata de articular estos conceptos, pues hacen al carácter republicano de gobierno, para lo cual es necesario imaginar, coordinar, consensuar con los distintos actores (y fundamentalmente entre las universidades y el órgano rector del sistema de control interno) la realización de sistemas de control que:

- sean respetuosos de la autonomía de las Universidades Nacionales;
- que, a la vez, permitan que el control sea integral;
- que se adecuen a las realidades institucionales de las distintas Casas de Estudios;
- que fijen pautas y criterios comunes en aras del interés

público comprometido y la juridicidad de todos los actos que se realizan en las universidades; y

- que promuevan la responsabilidad de los funcionarios intervinientes.

Por eso, y tomando prestadas palabras a una autora que hemos citado: “[...] nuestra propuesta es reconstruir el sutil encanto de las autonomías, sobre la base de la integración de los poderes institucionales, los poderes públicos-sociales, los poderes políticos y los poderes económicos en un marco de negociación, consenso y construcción de capacidades institucionales para el mejoramiento de la cultura universitaria”<sup>87</sup>.

Tanto la autonomía universitaria como el control interno son conceptos que se anudan en la responsabilidad y ésta se construye ineludiblemente de manera colectiva, resignificando y dotando de nuevos sentidos a los conceptos e instituciones con los que operamos.

Porque con ello no solo re-construiremos el Estado y lo público, sino también y fundamentalmente, la ciudadanía y, a partir de ella, a nosotros mismos. 

<sup>87</sup> Mollis, Marcela, *El sutil encanto de las autonomías. Una perspectiva histórica y comparada*, op. cit., p. 113. 

# BREVES REFLEXIONES EN TORNO A LAS REMUNERACIONES DE LOS MAGISTRADOS Y EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS

*Gladys E. Stoppani\**

\*Abogada por la Universidad Católica Argentina. Especialista en Derecho Tributario y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Realizó la Especialización en Derecho Aduanero en el Instituto de Finanzas Públicas. Se desempeñó en la Dirección Nacional de Impuestos, en el departamento de tributario del Estudio Beccar Varela y como consultora externa de la Oficina Anticorrupción. Trabajó en la Dirección de Análisis de la Unidad de Información Financiera y como asesora de la Presidencia de dicho organismo. Actualmente trabaja en la Agencia de Protección Ambiental y en forma independiente. Vocal del CGPYR. Coordinadora y Profesora de los posgrados en derecho aduanero y tributario de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. En este último dicta las materias Lavado de Activos y Actividad Financiera del Estado. Profesora de la Universidad Nacional de la Matanza en la Especialización de Derecho Administrativo. Publicó artículos sobre sus especialidades. Su tesina presentada para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo, denominada "Aspectos constitucionales y económicos de los derechos aduaneros a la exportación desde la óptica del derecho administrativo", ha recibido la máxima calificación y fue publicada en la Colección *Thesis*, por Ediciones Rap.

Los incisos p), q) y r) del Artículo 20 de la Ley N° 20.628 establecían:

“Art. 20: Están exentos del gravamen: [...]

p) Los sueldos que tienen asignados en los respectivos presupuestos los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, miembros de los tribunales provinciales, vocales de las Cámaras de Apelaciones, jueces nacionales y provinciales, vocales de los tribunales de Cuentas y tribunales Fiscales de la Nación y las provincias.

Quedan comprendidos en lo dispuesto en el párrafo anterior los funcionarios judiciales nacionales y provinciales que, dentro de los respectivos presupuestos, tengan asignados sueldos iguales o superiores a los de los jueces de primera instancia;

q) Las dietas de los legisladores;

r) Los haberes jubilatorios y las pensiones que correspondan por las funciones cuyas remuneraciones están exentas de acuerdo con lo dispuesto en los incisos p) y q)”.

## I. Antecedentes legislativos.

Las exenciones de los incisos p) y r) –en lo que se refiere a los funcionarios enumerados en el inciso p)– del Artículo 20 de la Ley del Impuesto a las Ganancias (en adelante IG) tenían su fundamento en la norma constitucional.

Al respecto, corresponde recordar que el Artículo 110 de la Constitución Nacional dispone: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

Posteriormente, las exenciones de los incisos p), q) y r) del Artículo 20 de la Ley del Impuesto a las Ganancias fueron derogadas por el Artículo 1° inciso a) de la Ley N° 24.631.

En virtud de la derogación antes mencionada, las ganancias obtenidas por los jueces y funcionarios judiciales, de todas las instancias y todas las jurisdicciones, por los integrantes del Ministerio Público y organismos de fiscalización y por los legisladores, como así también las jubilaciones y pensiones correspondientes, quedaban sujetas a dicho tributo.

Debe señalarse que, en el caso de los legisladores, si bien desde ese momento pagan el gravamen, este se calcula sobre una base imponible constituida de modo diferente a la del resto de los contribuyentes de la cuarta categoría, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley N° 24.686<sup>1</sup>.

En cambio, los jueces y demás funcionarios comprendidos en el derogado inciso p) del Artículo 20 de la ley, hasta el día de hoy no abonan el tributo, debido a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la conocida Acordada 20/96, que declaró inaplicable para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la

Nación el Artículo 1° de la Ley N° 24.631, es decir, el que dispuso la derogación de la exención. Debido a que la citada Acordada se refiere al ámbito nacional, fue reproducida en todas las jurisdicciones locales, con los mismos alcances y efectos.

Como puede colegirse, luego de la lectura de los antecedentes legislativos antes mencionados, del tema que nos ocupa se derivan múltiples cuestiones a analizar, las cuales no sería posible desarrollar en un trabajo de estas características. Por tal motivo, sólo abordaré algunas de ellas a los efectos de aproximar al lector al tema de la referencia.

## II. Análisis de la cuestión de fondo.

Al examinar la cuestión de fondo del tema en análisis, deviene necesario establecer dos etapas para el desarrollo del mismo.

Primeramente, debe analizarse si la sujeción al impuesto a las ganancias por los jueces –y, por extensión, los demás funcionarios a los que se les ha dispensado idéntico tratamiento en este tema– afecta, *per se*, la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y, con ello, la independencia del Poder Judicial.

Si se arribara a la conclusión de que dicha sujeción, conceptualmente y por el solo hecho de existir, afecta la intangibilidad, la discusión quedaría definitivamente clausurada, con la imposibilidad de aplicar el tributo a dichos sujetos.

En cambio, si se admitiera que el hecho de que los jueces abonen el tributo no afecta tal garantía, en la medida en que aquél sea el que se aplica a la generalidad de la población, debería analizarse una segunda cuestión, relativa a la forma de aplicar el tributo, sea a todos los jueces –los que se encuentran en ejercicio de sus funciones y los que se incorporen luego de la entrada en vigencia de la ley–, o solo a estos últimos; y, si se les aplica a los que están en ejercicio, si se lo hace con una

previa recomposición salarial que neutralice la reducción de la remuneración neta de los jueces que generaría la aplicación inmediata del impuesto, o si no se efectúa tal recomposición, en cuyo caso deberá sostenerse que la efectiva reducción que sufren los jueces en ejercicio tampoco afecta la intangibilidad.

En la primera postura –que niega la posibilidad de que se aplique el impuesto, en todos los casos–, se inscriben el fallo de la Corte Suprema dictado en la causa “Fisco Nacional c/ Rodolfo Medina”<sup>2</sup>, la Acordada 20/96 y un sector de la doctrina<sup>3</sup>.

Uno de los argumentos centrales de esta postura se enfoca en la consideración de la intangibilidad como una garantía del “órgano institución”, es decir, del Poder Judicial como poder del Estado, y no como un derecho o garantía del “órgano-persona”, esto es, de los individuos que ocupan los cargos en cuestión. De ahí que el no pago del tributo no pueda considerarse un privilegio de éstos, frente al resto de la ciudadanía.

Además, para justificar los fallos que anulan la posibilidad de gravar con este impuesto a los jueces, siempre se recurrió a la jurisprudencia de Estados Unidos, fuente de nuestro artículo constitucional, aunque no tienen idéntica

<sup>1</sup> Por la citada ley, se dispuso que no será de aplicación al Poder Legislativo el actual Art. 99 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, correspondiendo a los Presidentes de ambas Cámaras resolver en cada caso acerca de la naturaleza de los rubros incluidos en dicho artículo. El citado Art. 99 de la ley del gravamen dispone: “Deróganse todas las disposiciones contenidas en leyes nacionales –generales, especiales o estatutarias, excepto las de la ley del impuesto a las ganancias–, decretos o cualquier otra norma de inferior jerarquía, mediante las cuales se establezca la exención total o parcial o la deducción, de la materia imponible del impuesto a las ganancias, del importe percibido por los contribuyentes comprendidos en los incisos a), b) y c) del Artículo 79, en concepto de gastos de representación, viáticos, movilidad, bonificación especial, protocolo, riesgo profesional, coeficiente técnico, dedicación especial o funcional, responsabilidad jerárquica o funcional, desarraigo y cualquier otra compensación de similar naturaleza, cualquiera fuere la denominación asignada”.

<sup>2</sup> Fallos: 176:73 (1936).

<sup>3</sup> Gordillo considera que “resulta simplemente inconcebible que un juez de la Nación pueda estar sometiendo un formulario de ganancias a los controles de los funcionarios de la AFIP, y expuesto a ser citado para dar explicaciones, o sometido a rectificaciones administrativas, etcétera” (Gordillo, Agustín A., *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. 128). En tal sentido ver, también, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, pp. 919 y 920; O’ Farrell, Ernesto, “Los jueces y los impuestos”, *LL*, 2002-B, 1229; González, Joaquín, *Manual de la Constitución Argentina (actualizado por Humberto Quiroga Lavié)*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pp. 551 y 552, entre otros.

redacción. Desde antiguo y hasta hoy (incluso lo hace la Acordada 20/96) se cita al fallo “Evans c/ Gore” (253 US 245) de 1920, donde se resolvió por primera vez que un impuesto a las rentas, aunque fuese una medida impositiva, de aplicación general y no discriminatoria para todos los que posean réditos, era contraria al Artículo 3º, sección 1, de la Constitución<sup>4</sup>.

Luego, en el año 1939, la Corte Suprema de Estados Unidos, al resolver la causa “O'Malley v/ Woodrough” (307 US 277), abandonó la doctrina del fallo “Evans”, al considerar que los jueces sí deben pagar un impuesto a los réditos no discriminatorio. En este caso, el juez Frankfurter destacó: “[...] sostener que la ley significa un avance sobre la independencia de los jueces [...] haciéndoles cargar con su parte alícuota el costo de mantenimiento del gobierno, es trivializar la gran experiencia histórica en que sus redactores basaron la salvaguardia del Artículo 3º, sección 1”. Así pues, de acuerdo a la doctrina sentada en esa causa, y luego reiterada, por dicho juez, en la causa “Hatter”, “una tasa general no discriminatoria sobre la renta neta, aplicada al salario de un juez [...], no resulta violatoria a la cláusula de intangibilidad”, y agrego, por mi parte, satisface el principio de igualdad.

En la doctrina, son mayoritarias las voces que se pronuncian sobre la posibilidad de que los jueces abonen el tributo<sup>5</sup>.

Por ejemplo, Bidart Campos considera que “los que por imperio del principio constitucional de igualdad y generalidad deben pagar todos cuantos encuadran en lo definido por la ley como hecho imponible, obliga a los jueces a pagarlo, en pie de igualdad con todos los demás que no somos jueces [...] Pensemos en un juez que solamente tiene como único ingreso y recurso personal el que le aporta su sueldo. Si porque este sueldo no puede disminuirse en manera alguna dijéramos que, entonces, el juez tampoco tiene que pagar el alquiler de la vivienda que habita, o los alimentos y vestimentas que necesita, estaríamos dislocando el sentido común [...]”<sup>6</sup>.

Por su parte, Rodolfo Spisso nos dice que “de todo ello se sigue que el propósito de asegurar la independencia del Poder Judicial se satisface otorgando a los magistrados una compensación digna en consonancia con el alto magisterio de dictar justicia, y no mediante exclusiones tributarias que transgreden el principio de igualdad, base de los impuestos y de las cargas públicas (Artículo 16 CN)”<sup>7</sup>.

García Belsunce, a su vez, considera que la exención impositiva en favor de los jueces viola la garantía de la igualdad del impuesto como base de las contribuciones establecida en el Artículo 16 de la Constitución Nacional, y el principio de proporcionalidad consagrado en su Artículo 4º<sup>8</sup>.

Así, pues, pone de resalto que “no cabe interpretar con sentido lógico y razonable que, dentro del espíritu de la norma constitucional, esté el exceptuar a los jueces del pago de impuestos que, aunque reduzcan sus retribuciones, tienen un carácter general y no específico. Son tributos que afectan a todas las personas que tengan rentas derivadas de su trabajo personal y conforme a su capacidad contributiva. Dado un ingreso determinado, la capacidad contributiva es la misma se trate de un funcionario administrativo (ministros, subsecretarios, etc.) o de un juez o un legislador o un empleado privado o un trabajador independiente. A igual capacidad contributiva, igual impuesto”<sup>9</sup>.

En igual sentido, Linares Quintana dijo: “[...] el propósito de la Constitución no ha sido crear un privilegio exclusivo para los magistrados judiciales que los coloque en situación de ventaja con respecto al resto de los habitantes –en franca violación del principio de igualdad– sino tan solo asegurarles su independencia, prohibiendo una disminución de sus sueldos que únicamente les afecte a ellos”<sup>10</sup>.

En similar orden de ideas, cabe poner de relieve lo señalado por López Olaciregui en torno a que el rango constitucional acordado al deber de todos los ciudadanos, sin excepciones, de abonar las cargas impositivas,

<sup>4</sup>Esta decisión fue muy criticada por la doctrina estadounidense, y los tribunales inferiores se negaban a aplicarla. Asimismo, el derecho comparado angloparlante ha ido también en otra dirección (casos de Canadá y Sudáfrica, con un texto constitucional similar al estadounidense), considerando que la intangibilidad se refería al sueldo neto y no bruto de los jueces.

<sup>5</sup>Al respecto puede verse Raimondi, Carlos y Atchabahian, Adolfo: *El impuesto a las ganancias*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, p. 310; Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 563; Gentile, Jorge, “¿Los jueces deben pagar impuestos?”; *Diario Río Negro*, edición del 11-2-2004, entre otros.

<sup>6</sup>Bidart Campos, Germán J., “La remuneración de los jueces como hecho imponible”, *LL*, 1996-D, p. 217.

<sup>7</sup>Spisso, Rodolfo, “Los jueces y los legisladores también son ciudadanos”, *LL Impuestos*, tomo LVI-B, p. 2230.

<sup>8</sup>García Belsunce, Horacio, “¿Por qué los jueces deben pagar los impuestos?”, *Periódico Económico Tributario*, n. 109, p. 1.

<sup>9</sup>Ibidem.

<sup>10</sup>Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo 9, Buenos Aires, Plus Ultra, p. 758.

introducido por la reforma constitucional de 1994 (Art. 75, inc. 22 de la CN), impide exceptuar a los jueces del pago del impuesto a las ganancias<sup>11</sup>.

Lo anterior, atento a que el Artículo XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”<sup>12</sup>.

En opinión de este autor, la expresión “servicios públicos” debe ser entendida en un sentido amplio, comprensivo de la totalidad de las actividades estatales que requieren ser solventadas mediante la contribución de los ciudadanos y habitantes de cada comunidad nacional. Afirma, entonces, que existe una regla de jerarquía constitucional que establece la obligación de pagar los impuestos para “toda persona”, sin excepciones. A su juicio, una recta armonización de este precepto con la disposición del Artículo 110 de la CN implica, en forma evidente, la subordinación de este último artículo al XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>13</sup>.

Concluye sosteniendo que el Artículo 110 constitucional también debe supeditarse al principio de igualdad en materia tributaria que dimana del Artículo 16 de nuestra ley suprema, sobre el que la misma Corte ha sostenido que consiste en que “[...] no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que conceden a otros en igualdad de circunstancias”<sup>14</sup>.

Por otra parte, es ilustrativo señalar que varias de las Constituciones de las provincias argentinas admiten expresamente la posibilidad de que los jueces se encuentren sujetos al pago de tributos de índole general.

Así, la Constitución de Catamarca en su Artículo 197 dispone: “Los miembros del Poder Judicial recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y no podrá ser disminuida mientras permanecieren en funciones sino por disposiciones legales de carácter general y transitorio, extensivas a todos los Poderes”.

La Constitución de Chubut establece, en la primera parte del Artículo 170: “Los magistrados y funcionarios designados con acuerdo de la Legislatura y los secretarios letrados tienen asignaciones fijas pagadas mensualmente, las que no pueden ser demoradas ni reducidas durante el desempeño de sus funciones por acto de autoridad, pero están sujetas a los aportes previsionales y de la seguridad social, a los tributos en general y a las disminuciones que se dispongan por leyes de carácter general y transitorio extensivas a todos los Poderes del Estado, en el marco del ejercicio de poderes emergentes”.

También en la Constitución de San Juan, en su Artículo 220, prevé la posibilidad de que los jueces abonen tributos generales.

En esta línea, si se admitiera que la imposición del impuesto no afecta, *per se*, la garantía de intangibilidad, resta determinar si la aplicación a los que se encuentran en ejercicio debe efectuarse con una simultánea recomposición del salario, que neutralice la disminución efectiva de la remuneración, en virtud de la aplicación del tributo.

En principio, disponer una recomposición simultánea parece ser, desde el punto de vista teórico, la solución más adecuada, porque evitaría la efectiva reducción del salario de bolsillo de los jueces en ejercicio. Ello, sin ingresar en el análisis presupuestario y financiero de una decisión de esas características, tanto en el orden nacional como local.

### III. Conclusiones.

2. La intangibilidad de las remuneraciones judiciales no constituye una limitación impuesta por la constitución al poder tributario. En cambio, creo que la retracción de ese poder tributario es una violación al principio de igualdad fiscal (Arts. 16 y 75, inc. 22 de la CN), porque ninguna norma de la Constitución dispensa a los jueces de someterse a la igualdad fiscal razonable.

En virtud de lo expuesto en los puntos que anteceden, arribo a las siguientes conclusiones:

1. La aplicación del impuesto a las ganancias a los jueces y demás funcionarios asimilados no afecta, *per se*, la garantía de intangibilidad de las remuneraciones ni, por ende, la independencia del Poder Judicial.

<sup>11</sup> López Olaciregui, Martín, “Los jueces y el impuesto a las ganancias”, *JA*, 1998-II, 698.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

3. La aplicación del impuesto a las ganancias a los jueces y demás funcionarios asimilados no tendría como principal objetivo la recaudación tributaria sino la salvaguarda del principio de igualdad fiscal.

4. No obstante ello, estimo que correspondería, en principio, que la aplicación del impuesto estuviese acompañada por una recomposición salarial que impida la reducción efectiva de las remuneraciones de los jueces en ejercicio, a los que se les comenzará a aplicar el tributo.

5. A su vez, entiendo que no sería aconsejable estipular el gravamen solo para los jueces nombrados luego de la entrada en vigencia de la norma, porque ello crearía dos categorías de jueces, lo que no parece aceptable desde el punto de vista constitucional.

6. A los efectos de la instrumentación del gravamen, propongo modificar la Ley del Impuesto a las Ganancias,

incorporando en el Artículo 79 las rentas obtenidas por el ejercicio de los cargos en cuestión y a sus correspondientes jubilaciones, pensiones, etc.

7. Dicha incorporación debería hacerse, en mi opinión, en dos artículos, uno que abarque a la totalidad de los cargos de marras –magistrados y funcionarios judiciales y del Ministerio Público, vocales de los Tribunales Fiscales y de Cuentas y demás organismos de fiscalización, nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– y, otro, que incluya a las jubilaciones, pensiones, etc., derivadas del ejercicio de dichos cargos.

8. A su vez, considero que correspondería gravar la totalidad de la remuneración, recibida en dinero o en especie y por todo concepto, como contraprestación por el desempeño del cargo. 

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

# **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ÁMBITO LOCAL - PLAZO DE CADUCIDAD EN LA LEY DE AMPARO - Expte. N° 5296/07, “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 23-5-2007.**

Al momento de decidimos a tratar los contenidos que hemos expresado en el título que antecede, nos ha parecido oportuno abarcar tal cuestión desde la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante TSJ), a partir de un precedente del año 2007, que ha sentado una muy importante jurisprudencia en el ámbito local.

El precedente que hemos de desarrollar es el tan conocido fallo “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. En el mentado fallo, el Dr. Andrés Gil Domínguez promovió demanda de inconstitucionalidad en los términos de los Artículos 113, inc. 2°, de la Constitución de la CABA; 17 y siguientes de la Ley N° 402, con la finalidad de que se declare la inconstitucionalidad del Artículo 4° de la Ley N° 2.145, que consagró un plazo de caducidad para la interposición de la acción de amparo, entendiendo que el enunciado de dicho artículo violentaba gravemente el Artículo 43 de la Constitución Nacional (en adelante CN); el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así las cosas, el actor sostuvo que la reglamentación de un plazo de caducidad no encontraba ningún fundamento

razonable, toda vez que lo que realmente importa para analizar la procedencia del amparo es verificar si al momento de su interposición, existe o no una amenaza o lesión constitucional de un derecho fundamental, un derecho humano o una garantía constitucional, y si a la vez se cumplen los requisitos formales y sustanciales de su núcleo esencial<sup>1</sup>. De este modo, y entre otros argumentos, el actor entendió que un plazo determinado para la interposición de una acción de amparo violentaba, además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), al desarrollar los alcances referidos del Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), en el precedente “Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú”, acerca de la invalidez que proviene de establecer un plazo de caducidad para la interposición de una acción de amparo, ocupándose además de la relación de coexistencia armónica que debe existir entre las fuentes de derecho interno y las del derecho internacional. Lo que nos conduce a remarcar –como intentaremos hacer a lo largo del presente desarrollo– que el control de constitucionalidad debe ir acompañado por el control de convencionalidad.

<sup>1</sup>Cfr. Trib. Sup. Ciudad Bs. As. en la causa “Gil Domínguez, Andrés s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 23 de mayo de 2007, según el voto del Dr. Luis F. Lozano. 

## Introducción de la República Argentina al sistema interamericano: El reconocimiento de la competencia de la Corte IDH. Breve reseña de la evolución jurisprudencial de la CSJN.

A partir del año 1984, con la entrada en vigencia de la Ley N° 23.054 (Art. 2°), la República Argentina reconoció la competencia de la Comisión por tiempo indefinido y de la CIDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

En este marco, resulta imperioso –para poder analizar cómo el derecho internacional comenzó a insertarse dentro de nuestro derecho interno– realizar un análisis jurisprudencial de la evolución y de las distintas posturas que a lo largo del tiempo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (a partir de ahora, CSJN) ha ido adoptando, respecto del tema.

El primer precedente que debemos obligatoriamente destacar se da antes de la reforma de 1994, más precisamente en 1992, cuando la CSJN, en oportunidad de expedirse en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, falló: “Que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Cabe resaltar que en este precedente, la CSJN reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales<sup>2</sup>.

Dos años más tarde, con la llegada de la reforma constitucional del año 1994, se produjo el reconocimiento de “jerarquía constitucional”, de manera directa sobre diez instrumentos internacionales de derechos humanos y la posibilidad de otorgar igual jerarquía en el futuro a otros “tratados y convenciones” sobre la misma materia, consagrando así una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien, desde sus orígenes, nuestro ordenamiento permitía la incorporación de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, la reforma de 1994 estableció una jerarquía hasta entonces inédita en nuestro medio respecto de las citadas normas.

Dichos instrumentos incorporados expresamente en nuestra norma fundamental gozan de jerarquía constitucional, lo que significa que, si bien no forman parte del texto de nuestra CN, conforman juntos el “Bloque de Constitucionalidad Federal”. En estos términos, podría decirse que en la cúspide, donde anteriormente reinaba de forma exclusiva y absoluta la CN, ahora los instrumentos internacionales pasan también a tener su misma jerarquía.

Así, en el precedente “Giroldi”<sup>3</sup> la Corte sostuvo que la “recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (Art. 75, inciso 2, párrafo 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. En consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los Tratados Internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos”<sup>4</sup>.

Llegado el año 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso “Acosta”<sup>5</sup>, la CSJN denota un marcado retroceso en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana, cuando sostiene que la jurisprudencia internacional no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.

<sup>3</sup>Fallos: 318:514 (1995).

<sup>4</sup>Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La ley, 2011, 1ra. ed., pp. 440/441.

<sup>5</sup>CSJN Fallos: 321:3564.

<sup>2</sup>CSJN en “Ekmekdjian c/ Sofovich”, sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21, Fallos: 315:1492.



De este modo, y sin pretender extendernos por fuera de los márgenes que contiene el presente comentario, consideramos menester señalar que en su nueva composición la CSJN inició una nueva etapa en el reconocimiento de la jurisprudencia internacional, en el caso

“Espósito”<sup>6</sup>, donde nuestro más alto Tribunal sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre DDHH.

### Los tribunales internos y el control de convencionalidad.

Es menester destacar que en septiembre del año 2006, la Corte IDH consagró en el caso “Almonacid Arellano”<sup>7</sup> el criterio por el cual los jueces y tribunales internos no solo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y a las interpretaciones que haya hecho la Corte IDH de estas disposiciones. Luego —en el mismo año— en la sentencia dictada en “Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú”<sup>8</sup>, la CIDH determinó algunas directrices al respecto, estableciendo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo cual los obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea disminuido o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.

Así las cosas, en nuestro ámbito interno, la CSJN en el caso “Mazzeo”<sup>9</sup> del año 2007 confirmó la doctrina utilizada anteriormente en “Almonacid” al establecer que

el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad teniendo en cuenta no solamente la CADH sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

En este marco, debemos imperiosamente llegar a la conclusión de que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, aún de oficio entre las normas internas y la Convención Americana, con el fin de evitar la permanencia en el ordenamiento de normas repugnantes a los mentados cuerpos constitucionales. Así las cosas, debemos llegar a la conclusión de que el juez, que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe, a su vez, practicar también el control de convencionalidad, con el fin de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino<sup>10</sup>.

En síntesis, nuestros administradores de justicia deben no solo realizar un control de constitucionalidad sino también un control de convencionalidad, y así de esta forma velar por las normas transnacionales a las cuales nuestro país se ha obligado.

### La acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito de la CABA y su utilización en el precedente en análisis.

En el caso argentino, como bien sabemos —a través de la implementación de un sistema de control difuso—, corresponde a todos los jueces, sin distinción de categorías o jurisdicciones, llevar a cabo el control de constitucionalidad, sin perjuicio de llegar a la CSJN como tribunal último por vía de recurso extraordinario, ya que es ella quien debe cumplir con el rol institucional de ser custodio de la supremacía de la Norma

Fundamental. Ahora bien, tal declaración produce efectos limitados. La sentencia declarativa de inconstitucionalidad solo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, dejando subsistente la vigencia de la norma fuera de este caso.

Como primer punto, debemos entender que la acción declarativa de inconstitucionalidad es una acción “abstracta” y “pura” que tiene como objeto esencial

<sup>7</sup>Corte IDH en “Almonacid Arellano y otros c/ Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie CN° 154.

<sup>8</sup>Corte IDH en “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie CN° 158.

<sup>9</sup>CSJN Fallos: 330:3248.

<sup>6</sup>CSJN en “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sentencia del 23 de diciembre de 2004, E. 224. XXXIX.

<sup>10</sup>Para mayor abundamiento de la cuestión, ver Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Artículo 75, inc. 22 y su comentario.

preservar la legalidad constitucional y, a la vez, constituye una de las genuinas manifestaciones de la democracia participativa en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, prescindiendo del requisito de que se configure el denominado “caso” o “controversia”, como habilitante de la acción.

Este instituto tiene varios antecedentes en el derecho constitucional provincial y en el derecho constitucional comparado. Así las cosas, más precisamente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, quien acciona a través del Artículo 113, inciso 2° de la CCABA, no exhibe ninguna incertidumbre sino una contundente certeza de que las normas jurídicas cuya invalidez se solicita son contrarias a la Constitución local, nacional o a los Pactos Internacionales sobre DDHH.

Es menester recordar que, en el ámbito de la Ciudad, todas las personas vinculadas a su orden jurídico tienen derecho a la defensa de la legalidad sin tener que acreditar, como requisito de legitimación, la existencia de situación jurídica relevante que los involucre en forma directa.

En este marco, conforme el Artículo 17 de la Ley N° 402<sup>11</sup>: “La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa Constitución o a la Constitución Nacional”.

En este orden, entendemos que también procede esta acción para cuestionar la validez de una norma contraria a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que revisten jerarquía constitucional.

Como es sabido, en el orden federal no se admite la acción directa –y menos aún una acción de tipo concentrada– declarativa de inconstitucionalidad. Según lo dispuesto por el Artículo 2° de la Ley N° 27, los tribunales federales solo tienen jurisdicción en los casos contenciosos o controversias concretas, pues no les es dado a esos tribunales efectuar aclaraciones en abstracto ni emitir

respuestas a meras consultas, o hacer interpretaciones de leyes generales que fijen normas para el futuro<sup>12</sup>.

En este contexto, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires prevé en su Artículo 113, inc. 2 –respecto de su competencia–, que el TSJ local entenderá: “Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior”. De manera que también la declaración de inconstitucionalidad de una ley, un decreto u otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias tanto a la Constitución Nacional como a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires –o a los tratados internacionales sobre DDHH–, puede ser llevada adelante sin mediar como requisito una “acción” o “un caso judicial” y a petición de parte interesada, lo que se traduce en los hechos en la instauración de un sistema abstracto de control de constitucionalidad que se suma al ya con-sagrado control concreto. En este contexto, cabe finalmente señalar que –en el caso que nos ocupa– el TSJ local, con cita en el precedente “Masalin particulares”, remarcó que “este tribunal ha sostenido que no puede ser confundido el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, que la Constitución de la Ciudad le encomendara en forma exclusiva, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas. La acción directa de inconstitucionalidad, tal como lo dispone el Artículo 113, inc. 2 de la CCABA, tiene por único objeto impugnar la validez de una norma de carácter general emanada de autoridades locales por ser contraria a la

 <sup>11</sup>Cf. Ley N° 402 - Art. 17 - de “Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, sancionada con fecha 8-6-2000.

<sup>12</sup> “[...] Sin embargo, a partir de 1985 se abrió un nuevo rumbo dentro de lo que hasta el momento se consideraba la tesis negativa de la acción declarativa de inconstitucionalidad, a través del instituto procesal de la acción declarativa de certeza”. Luego, en sendos obiter dicta, la CSJN admitió la acción declarativa de inconstitucionalidad, siempre que hubiera caso contencioso e interés inmediato del particular demandante en los precedentes “Santiago del Estero c/ Nación Argentina” y en “Lorenzo c/ Nación Argentina”. Para mayor abundamiento sobre la cuestión, ver Gelli, María Angélica, en *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, comentario al Art. 116 de la CN. 

Constitución Nacional o a esta Constitución [...] y provocar la decisión de este tribunal que, en el supuesto de que admitiera la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada, acarreará, como se señalará, la pérdida de vigencia de aquélla. La sentencia no tiene otros efectos más que el que se acaba de señalar. El control abstracto de constitucionalidad se encuentra, entonces, exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se consideren contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Constitución Nacional

y no a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquéllas fueran directamente aplicadas al actor”<sup>13</sup>.

La distinción hecha, en forma unánime, en la aludida causa “Massalin”, deja fuera del marco de actuación de la acción de inconstitucionalidad del Artículo 113, inc. 2 de la Constitución de la Ciudad, las situaciones en las cuales se debate la aplicación concreta de una norma. Esta distinción es relevante en la interpretación sistémica de la Constitución.

### A modo de conclusión.

 Como hemos desarrollado a lo largo del presente comentario, en el fallo en análisis, el Dr. Andrés Gil Domínguez promovió demanda de inconstitucionalidad en los términos de los Artículos 113, inc. 2° de la Constitución de la CABA; 17 y siguientes de la Ley N° 402, con la finalidad de que se declare la inconstitucionalidad del Artículo 4° de la Ley N° 2.145, debido a que en las mentadas normas se consagraba un plazo de caducidad para la interposición de la acción de amparo, entendiendo el actor que el enunciado de dicho artículo violentaba gravemente normativa constitucional, tanto en el marco interno como en el ámbito internacional, sumado a esto, al desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Como se ha manifestado a raíz de la evolución jurisprudencial de la CSJN, los jueces deben velar por el mantenimiento del sistema internacional de derechos humanos, que el Estado argentino ha ratificado e incorporado a su propio ordenamiento tras la reforma constitucional del año 1994, siempre dentro de las “condiciones de su vigencia”. Ahora bien, más allá de realizar un proceso de control ante un inminente conflicto

normativo, sea mediante el tradicional sistema “difuso” o mediante un modelo “abstracto”, lo cierto es que en el ámbito de la CABA, la Constitución local ha consagrado como herramienta para el mantenimiento del orden constitucional la denominada “acción declarativa de inconstitucionalidad”.

Finalmente, ocupándonos de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, debemos recordar que el control de constitucionalidad debe ir acompañado por el control de convencionalidad, lo cual es una obligación para el Estado argentino en el marco de las obligaciones internacionales que ha asumido, por lo que debido a esto, no nos encontramos ante un elemento disponible, discrecional o facultativo para la Nación, sino que deberá ser respetado al extremo, con el fin de evitar que el Estado argentino ingrese dentro del marco de lo que implicaría “responsabilidad internacional”. De este modo, se pretende lograr una práctica constitucional saludable, que vele por el respeto y consagración de todo el plexo normativo, el cual a su vez constituye –tanto a nivel interno como a nivel internacional– la fuente máxima del reconocimiento de los Derechos Humanos. 

<sup>13</sup> Cf. Trib. Sup. Ciudad Bs. As., causa SAO 31/99, “Massalin Particulares S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 5-5-1999. 

# MUERTE DIGNA: Ley Nacional N° 26.742 (modifica a la Ley N° 26.529 de Derecho del Paciente y su relación con los profesionales e instituciones de la salud)

*Responsable:*

*Dr. Carlos Aguirre*

*Coordinador:*

*Dr. Mariano Lombardi*

**Ley de Muerte Digna, implicancias y aportes de la Ley N° 26.742 de Muerte Digna, derecho del paciente a oponerse a tratamientos y prácticas terapéuticas de prolongación artificial de la vida, reconocimiento de la autonomía de la voluntad del paciente, derechos del niño al reconocimiento de la autonomía de su voluntad en el marco de la Ley N° 26.061, consentimiento Informado, revocabilidad de las decisiones, despenalización, decisión anticipada.**

**Sancionada el día 9 de mayo de 2012  
Promulgada el día 24 de mayo de 2012  
Publicada BO el día 24 de mayo de 2012**

La Ley N° 26.529, que regula los “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, se ha visto modificada, en lo que constituye una sustancial reforma, por la Ley N° 26.742, vulgarmente denominada “Ley de Muerte Digna”.

Previo al análisis de su articulado, y para una cabal comprensión del alcance de la modificación introducida por la misma en orden al derecho de los pacientes a rechazar tratamientos que tiendan a prolongar artificialmente la vida, cuando el diagnóstico resulta terminal, sin posibilidad de reversión o recuperación, corresponde en principio remitirse a los conceptos de “eutanasia, distanasia y ortotonasia”, puesto que el análisis requiere precisión conceptual, toda vez que el concepto de “eutanasia” se encuentra en un extremo, y el de “ortotonasia” se encuentra en el opuesto, encarnando valores y dilemas éticos disímiles.

En ese orden de ideas, el término “eutanasia” encarna un supuesto expresamente vedado por la ley, toda vez que dicha práctica consiste en poner fin a la vida de otra persona para evitarle la agonía. Su uso ha evolucionado y puede definirse actualmente como el acto, activo u omisivo, intencional, que tiene como fin provocar la

muerte de un individuo que sufre de una enfermedad incurable causándole un sufrimiento físico y/o mental intolerable. Esto en el derecho argentino constituye lisa y llanamente la conducta prevista y reprimida por el Artículo 79 del Código Penal, es decir “homicidio simple”<sup>1</sup>, por lo cual asimilar las previsiones de la ley en análisis con la “eutanasia” constituye un error terminológico y conceptual de gravedad.

Sentado lo precedente, corresponde precisar el concepto de “distanasia”, entendiéndola como la prolongación exagerada de la agonía, sufrimiento y muerte de un paciente. El término también conceptualiza a aquellos tratamientos que, médicamente inútiles para revertir la situación clínica del paciente, prolongan la vida en forma artificial y cuya consecuencia es una muerte médicamente lenta y prolongada, con mucha frecuencia acompañada de sufrimiento, normalmente caracterizada como aquella situación de “encarnizamiento terapéutico”. Esta es precisamente la situación a la cual la Ley N° 26.742<sup>2</sup> ha querido conjurar.

Consecuentemente y previo a entrar en la exégesis del articulado de la norma sub examen, podemos decir que la misma se enrola en un concepto “ortotonasico” de la medicina, término ajeno a los anteriormente analizados, y que puede conceptualizarse como el recto proceder del personal médico y paramédico ante el fenómeno inevitable de la muerte, en aquellos pacientes en los cuales la patología que padecen impide la aplicación de tratamiento alguno que revierta la misma, y en el cual la prolongación de la vida solo se logra por medios artificiales, desproporcionados y a menudo cruentos, sin esperanza de cura.

Sentado lo precedente, y analizado el articulado de la Ley N° 26.742, nos encontramos que su Artículo 1° modificador del inc. e) del Artículo 2° de la Ley N° 26.529, denominado: “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, introduce el expreso reconocimiento a la “Autonomía de la voluntad” y establece: “[...] El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad [...]”, reconocimiento que la ley extiende a

los menores de edad desde que, a párrafo seguido, dispone: “[...] Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud [...]”.

Como dijéramos antes, la propia ley proscribía toda práctica “eutanáscica”, reconocimiento de la potestad del paciente para disponer de su cuerpo y vida, solo en el límite de permitirle rechazar la aplicación de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial, o al retiro de medidas o mecanismos de soporte vital, cuando resulten extraordinarios o desproporcionados en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado; autorizándolo también y en el mismo sentido a rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable<sup>3</sup>.

Como antes dijéramos, el reconocimiento expreso de tal potestad en la persona del paciente o enfermo no significa en modo alguno la autorización de prácticas “eutanáscicas”, desde que prescribe: “[...] En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente [...]”<sup>4</sup>, circunscribiendo la propia ley esta potestad solo a los pacientes que se encuentren en una situación de enfermedad irreversible, incurable o se encuentren en un estadio terminal o hayan sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación.

Asimismo, la Ley N° 26.742 viene a innovar en el concepto de “información al paciente”, ello así desde que al modificar el Artículo 5° de la Ley N° 26.529 introduce el concepto de “consentimiento informado”, entendiéndolo como la “[...] Declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos

 <sup>1</sup>Código Penal Argentino - Art. 79: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”.

 <sup>2</sup>Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

<sup>3</sup>Ley N° 26.742 - Artículo 1° - Párrafo 3°.

<sup>4</sup>Ley N° 26.742 - Artículo 1° - Párrafo 4°.



adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan un sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable [...]”<sup>5</sup>.

A partir de este concepto, la propia ley establece la obligatoriedad de requerir este “consentimiento informado” al paciente o sus representantes legales si este estuviese impedido de prestarlo válidamente, con carácter previo a la aplicación de prácticas médicas, obligación que la ley impone tanto al sistema público de salud, cuanto al privado<sup>6</sup>.

Ahora bien, cabe formular las siguientes precisiones en torno al consentimiento informado, tal y como la propia ley lo dispone: a) el consentimiento informado debe ser manifestado por escrito y firmado por el paciente o sus representantes legales, en acta dispuesta a tal fin; b) debe garantizarse al paciente la participación en la toma de decisiones, a lo largo de todo el proceso terapéutico, y en la medida de sus posibilidades; c) la decisión del paciente, cualquiera fuere ella, siempre es revocable, debiendo dejarse expresa constancia de ella en la historia clínica, de modo tal de acreditar fehacientemente que dicha manifestación de voluntad ha existido y ha sido dada en conocimiento de los riesgos previsibles que la misma implica<sup>7</sup>.

Párrafo aparte corresponde expresar que, en forma

innovadora, la Ley N° 26.742 reconoce a “[...] Toda persona capaz mayor de edad [...]” la facultad de disponer en forma anticipada de su salud, emitiendo las directivas pertinentes, pudiendo rechazar o consentir determinadas prácticas médicas preventivas o paliativas, las cuales deben ser aceptadas por el médico eventualmente a cargo de su salud, sin que ello implique disponer prácticas “eutánicas”, las que como dijéramos se encuentran expresamente vedadas<sup>8</sup> y se tendrán como inexistentes. Tales directivas, como requisito de validez, deberán ser formalizadas por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos (2) testigos, siendo revocable dicha declaración en todo momento<sup>9</sup>.

Finalmente, a efectos de llevar tranquilidad a los profesionales médicos abocados a la atención de pacientes en la situación objetiva prevista por la ley, y en lo que constituye una verdadera “despenalización”, la ley establece en su Artículo 7°: “[...] Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del estricto cumplimiento de la misma [...]”.

Como reflexión final, podemos decir que la ley analizada, aún con aspectos perfectibles, viene a solucionar un grave problema ético del mundo moderno, cual es el límite que debe existir en la prolongación de la vida humana, enrolándose en una postura “ortotónica”, entendida esta como el recto proceder ante el fenómeno de la muerte, acogiendo una concepción respetuosa por la voluntad del paciente y por su autonomía como sujeto de derechos, permitiéndole decidir a él, o a sus representantes legales si estuviere impedido, obteniendo una muerte digna, sin abreviaciones innecesarias y sin sufrimientos adicionales, esto es, “muerte en su tiempo cierto”, reivindicando la dignidad del paciente y siendo sensible al proceso de humanización de la muerte, al alivio de los dolores sin incurrir en alargamientos abusivos con la aplicación de medios desproporcionados, real o potencialmente productores de sufrimientos adicionales.

<sup>5</sup>Ley N° 26.742 - Artículo 2°.

<sup>6</sup>Ley N° 26.742 - Artículo 3°.

<sup>7</sup>Ley N° 26.742 - Artículo 4° y 5°.

<sup>8</sup>Ley N° 26.742 - Artículo 6°.

<sup>9</sup>Ley N° 26.742 - Artículo 6° - Párrafo 4°.

# FISCAL E INGRESOS PÚBLICOS

Responsable:

**Dr. Harry Schurig**

Coordinadora:

**Dra. Cristina del Carmen Mansilla**

## Normativa.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3375/2012 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 31-8-2012**

**Resumen:** Las empresas de tarjetas de crédito se encuentran obligadas a cumplir con un régimen de información respecto a vendedores, locadores y/o prestadores de servicios. Frente al requerimiento individualizado de la AFIP, deberán brindar la información que permita conocer los consumos realizados en el exterior por los titulares y beneficiarios en moneda extranjera, efectuando la conversión a su equivalente en moneda local, al valor de cotización –tipo vendedor– que fija el Banco de la Nación Argentina, así como el país donde se efectuó la erogación.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3378 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) -  
BO 3-9-2012.**

Fe de erratas: 2012-9-3

**Resumen:** Se establece un régimen de percepción del 15% sobre el precio total de cada operación realizada mediante tarjeta de crédito y/o de compra, comprendida en el sistema previsto en la Ley N° 25.065. Dichas percepciones se considerarán pagos a cuenta de la declaración jurada anual del Impuesto a las Ganancias o Bienes Personales, en el caso de responsables del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (monotributo). Será de aplicación para las liquidaciones que se realicen a partir del primer día del mes de octubre de 2012, inclusive.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3379 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 3-9-2012**

**Resumen:** Se incorporó al régimen de percepción establecido por la Resolución General 3.378 de tarjetas de crédito, a las operaciones que sean canceladas mediante la utilización de tarjetas de débito sobre el pago de operaciones en el exterior.

**RESOLUCIÓN CONJUNTA 23/2012 y 139/2012 -  
PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (PTN) -  
SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SGN) -  
4-9-2012**

**Resumen:** Fijase en la suma de pesos \$ 3.000, el monto presunto del perjuicio fiscal emergente de los sumarios administrativos disciplinarios, al momento de la intervención a que hace referencia el Artículo 108 inciso e) del Anexo I del Decreto N° 467/1999 modificado por su similar N° 1.012/2012.

**RESOLUCIÓN CD 82 -  
CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS  
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES -  
BO 5-10-2012**

**Resumen:** Apertura de los Registros Especiales para los graduados con Títulos “No Tradicionales” aprobada por Res. 167/2007 (CPCECABA) - Incorporación de la carrera “Licenciatura en Economía y Administración Agraria”.

**RESOLUCIÓN 1701/2012 -  
SECRETARÍA DE EMPLEO -  
BO 10-9-2012**

**Resumen:** Creación del programa “trabajo autogestionado” que tiene por objeto mantener y promover la generación de nuevas fuentes de trabajo a través del fortalecimiento de unidades productivas autogestionadas por trabajadores.

**COMUNICACIÓN A 5351/2012 -  
BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA -  
BO 10-9-2012**

**Resumen:** Dispone que a partir del día 7-9-2012 las entidades financieras públicas podrán instalar casas operativas y cambiarias en los puertos y aeropuertos internacionales contando con un Oficial de Coordinación por cada sucursal o dependencia especial. No podrán realizar operaciones de compra de moneda extranjera a no residentes por importes superiores a US\$ 500 o su equivalente en otras monedas, por cliente y por estadía.

**DECISIÓN ADMINISTRATIVA 808/2012 -  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL -  
BO 10-9-2012**

**Resumen:** Se estableció un sistema de liquidación de viáticos en moneda extranjera a los funcionarios de la Administración pública nacional que realizan misiones o comisiones oficiales en el exterior. Deberá ser efectuada en la moneda de curso legal del país de destino de cada misión oficial, de acuerdo a lo dispuesto en Decreto N° 280/1995 y sus modificatorios y la Decisión Administrativa N° 75/2012.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3380 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 12-9-2012**

**Resumen:** La Administración Federal ha implementado un procedimiento electrónico destinado a optimizar la relación fisco-contribuyente, y se ha desarrollado la herramienta informática denominada “Gestión de Autorizaciones para Firma Digital”, que resulta un instrumento válido y suficiente para identificar, con el nivel de seguridad adecuado, a los contribuyentes y a sus representantes o autorizados a firmar digitalmente determinada documentación. Es requisito previo el registro digital de la foto, firma y huella dactilar, así como de escaneo del documento que acredite su identidad, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Resolución General 2.811 y su complementaria y tener un nivel 3 de seguridad en la clave fiscal.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3360 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 12-9-2012 (vigencia 13-9-2012)**

**Resumen:** Se ha previsto la creación de la “Cuenta Corriente Aduanera”, estableciendo en una primera etapa la posibilidad de solicitar un crédito para cancelar futuras destinaciones de exportación con los importes pagados en demasía, orientadas a consolidar el saldo positivo de la balanza comercial externa mediante la generación de herramientas que contribuyan con ello. Los créditos provenientes de bonos u otros títulos para cancelar derechos de exportación se registrarán en esta cuenta corriente aduanera y se utilizará el procedimiento de Trazabilidad de Bonos Imputados.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3363 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 12-9-2012**

**Resumen:** La Resolución Técnica N° 26 y su modificatoria N° 29, ambas de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE), dispusieron la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) emitidas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, para los estados financieros de las entidades incluidas en el régimen de oferta pública de la Ley N° 17.811 o las que hayan solicitado autorización para estar en el referido régimen, siendo optativo para las entidades que no cumplan con dicha condición. Como esta modalidad puede generar diferencias se requiere el informe Profesional en el cual se detallarán las diferencias que surjan de la aplicación de métodos de medición, valuación y/o exposición distintos a aquellos a los que deben ajustarse los sujetos no alcanzados por las normas referidas en el inciso precedente, describiendo los motivos que originan tales diferencias. Los papeles de trabajo utilizados para elaborar la información contenida en los estados financieros deberán conservarse y encontrarse a disposición del personal fiscalizador de este Organismo Recaudador.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3382/2012 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 13-9-2012**

**Resumen:** La RG 2368 creó el Registro de Acopiadores de tabaco en el cual se hallan obligados a inscribirse los productores, intermediarios y acopiadores así como quienes adquieran, reciban o acopien el tabaco acondicionado, sin despalillar, en lámina, palo y/o “scrap”, utilizando de manera obligatoria el remito electrónico tabacalero para amparar su traslado, salvo situaciones excepcionales que se disponen en la presente resolución y que deberá contar con el “Código de Autorización de Tabaco” (CATA), el que deberá encontrarse adherido a cada unidad de remisión de tabaco acondicionado nacional o importado.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3385 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 13-9-2012**

**Resumen:** La RG 1983/2005 AFIP estableció la feria administrativa disponiendo que ese plazo en días administrativos no sería computable, y se extiende a través de la presente a todo el mes de enero.

**LEY N° 26.764 -  
PODER LEGISLATIVO NACIONAL -  
BO 17-9-2012**

**Resumen:** Los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales de todo el país se efectuarán en el Banco de la Nación Argentina a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

**RESOLUCIÓN 264/2012 -  
SECRETARÍA DE HACIENDA -  
BO 25-9-2012**

**Resumen:** La Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas aprobó el “Marco Conceptual de las Deducciones y Retenciones en el Sistema Integrado de Información Financiera Internet (e-SIDIF)” incorporando nuevos atributos de información a su registro, que en el nuevo modelo de gestión se identifican como comprobantes.

**RESOLUCIÓN GENERAL 610 -  
COMISIÓN NACIONAL DE VALORES -  
BO 27-9-2012**

**Resumen:** La Comisión Nacional de Valores dispuso las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas o jurídicas que, en cualquier carácter, intervengan en la oferta pública de títulos valores, pudiendo requerir informes a las personas físicas y jurídicas sometidas a su fiscalización. Además la Ley de Oferta Pública N° 17.811, en su Artículo 41 inc. c), dispone que para ser agente de bolsa se requiere poseer idoneidad para el cargo, solvencia moral y responsabilidad patrimonial a juicio del mercado de valores respectivo. La permanencia en el Registro como Idóneo tendrá una vigencia de cinco años contados a partir de la fecha de inscripción en el “Registro de Asesores Idóneos”, correspondiendo revalidar el mencionado registro al vencimiento de dicho plazo o en el caso que el idóneo cese en la actividad por un lapso mayor o igual a dos años.

**COMUNICACIÓN C 61395 -  
BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA -  
BO 28-9-2012**

**Resumen:** Se restableció la obligatoriedad del ingreso y negociación en el mercado de cambios de la totalidad de las divisas provenientes de operaciones de exportación por parte de empresas productoras de petróleo crudos o de sus derivados, gas natural y gases licuados y de empresas que tengan por objeto el desarrollo de emprendimientos mineros, de conformidad con las previsiones del Artículo 1° del Decreto N° 2.581/1964; completando así el universo alcanzado originariamente por dicha norma.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3394 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 11-10-2012**

**Resumen:** Se creó el Registro de Operadores de Soja Autorizados (ROSA) y la Unidad Ejecutiva Interdisciplinaria de Monitoreo dentro de los registros especiales aduaneros.

**RESOLUCIÓN 28 -  
TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN -  
BO 11-10-2012**

**Resumen:** El Tribunal de Tasaciones de la Nación estará a cargo de la determinación del valor de embarcaciones deportivas, buques, embarcaciones y artefactos navales de todo tipo, terminados o en construcción.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3395 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 12-10-2012**

**Resumen:** Dentro de la herramienta informática denominada “Ventanilla Única Electrónica del Comercio Exterior”, se incorporó la información correspondiente a determinadas prestaciones de servicios efectuadas por sujetos del exterior a prestatarios residentes en el país y por prestadores residentes en el país a prestatarios del exterior, siendo necesario extender la aplicación de dicha resolución general a la información referida a los pasajes correspondientes a viajes en buques o aeronaves, así como a los gastos de turismo y viajes por servicios contratados al exterior concertados por operadores turísticos que actúan en el país.

**COMUNICACIÓN A 5362 -  
BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA -  
BO 22-12-2012**

**Resumen:** Los préstamos que otorguen entidades financieras locales con desembolsos en moneda extranjera deben estar condicionados al compromiso del cliente de ingresar en el mercado local de cambios los fondos recibidos en la misma entidad otorgante y en la fecha de su efectivo desembolso, con vigencia a partir del 19-10-2012, excepto casos especiales que se enuncian en el presente.

**RESOLUCIÓN CONJUNTA 620/2012 y 365/2012 -  
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y  
FINANZAS PÚBLICAS (ME y FP) -  
MINISTERIO DE INDUSTRIA -  
BO 23-10-2012**

**Resumen:** Se crea un Comité de Elegibilidad de Inversiones de las Compañías de Seguro y Reaseguro, que fijará las pautas de inversión para determinar las inversiones de las referidas compañías vinculadas a la economía real, siempre que resulten elegibles sobre la base de criterios que tiendan al impulso de proyectos productivos y de infraestructura, de mediano y largo plazo, con sentido federal y local.

**RESOLUCIÓN 6230 -  
INSTITUTO NACIONAL DE  
ASOCIATIVISMO Y ECONOMÍA SOCIAL -  
BO 24-10-2012**

**Resumen:** El INAES es la autoridad de aplicación que otorga personería a las Cooperativas y Mutuales, además emitirá los certificados sobre la autorización para funcionar así como los servicios que están autorizados a prestar y en caso de haber sido denunciada penalmente se informará para poner a salvaguarda los derechos de terceros.

- RESOLUCIÓN GENERAL 3397 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 29-10-2012**
- Resumen:** La Administración Federal de Ingresos Públicos estableció condiciones, requisitos, plazos y formalidades que deberán observar los exportadores y otros responsables, a fin de solicitar la acreditación, devolución o transferencia del impuesto al valor agregado atribuible a las operaciones de exportación, así como las inconsistencias asociadas a su comportamiento fiscal frente a la solicitud de devolución de los créditos fiscales.
- DECRETO N° 2.191/2012 -  
PODER EJECUTIVO NACIONAL -  
BO 15-11-2012**
- Resumen:** Se decretó un incremento en la deducción especial del Artículo 23 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, para ser aplicado a la segunda cuota de sueldo anual complementario (SAC) para liberar de ese impuesto a quienes perciban una remuneración bruta mensual devengada entre los meses de julio a diciembre de 2012, que no supere la suma de \$ 25.000.
- RESOLUCIÓN 958/2012 -  
MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y  
SEGURIDAD SOCIAL (MTE y SS) -  
BO 6-11-2012**
- Resumen:** El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dispuso a partir del 1° de noviembre de 2012 un incremento en los salarios mínimos para el personal de trabajo doméstico.
- RESOLUCIÓN 474/2012 -  
ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE  
LA SEGURIDAD SOCIAL -  
BO 9-11-2012**
- Resumen:** Se prorroga para el ciclo lectivo 2012 la fecha límite de presentación de los Certificados Escolares hasta el 28 de diciembre de 2012 a efectos de la percepción de la Asignación Familiar por Ayuda Escolar Anual cuyo objetivo es solventar las erogaciones del inicio del ciclo lectivo.
- RESOLUCIÓN GENERAL 3398/2012 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 9-11-2012**
- Resumen:** Los Empleados del Servicio Doméstico así como los empleados en relación de dependencia podrán consultar los pagos registrados, accediendo al sistema informático denominado “Mis Aportes” aprobado por la Resolución General 1.752 y, también, acceder al servicio “Mi Celular” para obtener información sobre los pagos de los aportes registrados ante este Organismo a través de su CUIT, CUIL o CDI de los últimos 12 meses.
- RESOLUCIÓN GENERAL 3399/2012 -  
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE  
INGRESOS PÚBLICOS -  
BO 9-11-2012**
- Resumen:** Se habilita el sistema denominado “Mi simplificación II” que funciona como el libro de sueldos informático, con registro en tiempo real de todas las modificaciones.

# CONTABLE - FINANCIERA

Responsable:

**Cdra. Roxana Reinaudi**

Coordinador:

**Cdor. Cristian Kathrein**

## TRATAMIENTO Y SANCIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTO PÚBLICO

### Planificación y presupuesto.

Ya quedaron superadas aquellas afirmaciones que consideraban que tanto la planificación como el presupuesto eran herramientas propias de la dinámica del sector privado. En la actualidad, el Estado, en cualquiera de sus niveles, requiere de estos instrumentos para desplegar su actividad financiera y, así, tender al cumplimiento de los objetivos propuestos.

Llegado el momento en que los órganos de gobierno del Estado planifican sus objetivos –ya sea en un horizonte temporal de corto, mediano y/o largo plazo–, y se avocan a diseñar las estrategias y los medios de acción para lograrlos, surge la necesidad de hacerse de los recursos que permitirán llevar a cabo lo planificado. En el corto plazo, que generalmente se considera de un año, se programan financieramente las acciones por ejecutar (que derivarán en gastos por realizar) y los ingresos que permitirán su ejecución, todo ello se plasma en un instrumento denominado “Presupuesto Público”.

Cuando iniciamos el estudio de una temática en particular, es muy probable que las definiciones que intentan darle forma y sentido a una idea sean diversas y tengamos tantas definiciones como autores trataron el tema. Pero es de destacar que no encontramos contradicciones en ellas, sino que cada una acentúa el concepto en la zona que más le interesa analizar. Sin pretender ser exhaustivos con ello, citaremos al Profesor Bayetto cuando expresa que el presupuesto “es el acto administrativo-legislativo por cuyo conducto, en correspondencia a cierto lapso y con fuerza de ley, se fijan preventivamente los conceptos y con relación a estos, los importes de los gastos que el Poder Administrador podrá y deberá poner a cargo del Tesoro Público y se compara el monto global de ellos, con el producido presunto de los recursos a realizar en el período por dicho poder con destino al mismo Tesoro, recursos que, a su vez, y a los

efectos de fundar tal comparación, son señalados y evaluados por ramos”. En otras palabras, el presupuesto materializa en un único documento la autorización de los montos de gasto público que serán ejecutados en un año y la estimación de los ingresos que se recaudarán para cubrir tales montos.

Esta estimación de recursos y cálculo de gastos sigue las pautas fijadas en la política de gobierno, no son montos que surgen al azar, sino que persiguen el logro de una serie de objetivos definidos de antemano por el gobierno. Vemos aquí la estrecha vinculación que debiera existir entre planificación y presupuesto.

El presupuesto es visto en muchas ocasiones solo como una expresión financiera del plan de gobierno. Cabe aclarar que al mismo se le reconocen, a su vez, funciones de carácter político y de carácter administrativo.

La función político-institucional se sustenta en uno de los principios republicanos como lo es la división de Poderes y, en este caso, el hecho de que el presupuesto sea una especie de bisagra que relaciona a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. El primero con el poder de crear recursos y votar los gastos públicos; y el segundo con el poder de recaudar, administrar y emplear los recursos en los gastos destinados. El Congreso impone restricciones legales sobre el poder de los gobernantes, procurando garantizar la protección a los contribuyentes que los financian, estableciendo pautas de orden, regularidad y transparencia en la conducción de los asuntos públicos. El presupuesto público reconoce así un origen principalmente institucional, ligado a la rendición de cuentas por parte del Poder Ejecutivo de todos aquellos fondos obtenidos de la sociedad. Tal como lo señalara Juan Bautista Alberdi: “Toda la libertad del país depende de la verdad de esa división del poder”.

La función administrativa o de gestión se encarga de definir las pautas o la forma en que deben ejecutarse las operaciones que hacen a la actividad financiera del Estado. En este aspecto existen notables diferencias con la operatoria seguida en el sector privado, básicamente porque en el Estado la mayoría de los actos se encuentran reglamentados, y decimos la mayoría ya que existen ciertas decisiones en la esfera pública que los funcionarios pueden definir en forma discrecional, ello siempre dentro de la legalidad. Este conjunto de regulaciones y restricciones está destinado a proteger el interés del Estado y asegurar la transparencia en sus decisiones. En ese marco, los presupuestos proveen a los organismos públicos de las bases financieras para el planeamiento de su gestión y del conjunto de obligaciones para orientar sus decisiones.

Contablemente, esta administración se encarga de unificar en un estado contable el proceso recurso-gasto (Presupuesto Público) que, en última instancia, constituye la columna vertebral del Sistema de Contabilidad Gubernamental.

La función económica de los presupuestos se torna trascendente dada la orientación de las finanzas públicas en los tiempos que corren. Así, se apunta el estudio desde dos perspectivas, una micro y otra macroeconómica. En la primera, el presupuesto refleja una asignación determinada de recursos públicos, existiendo aquí una directa conexión con el aspecto administrativo. En la segunda, el presupuesto constituye una definición de la política fiscal definida.

Así, este instrumento de política-económica sirve para fijar el nivel y la composición de la producción e inversión pública, redistribuir ingresos, establecer los recursos que el Estado demanda a la economía privada, determinar los efectos del proceso recurso-gasto en las macro-variables económicas y, por último, para estabilizar precios, pleno empleo y crecimiento.

El presupuesto adopta la forma de una ley en la mayoría de los Estados modernos y, como consecuencia de ello, para su elaboración, deben cumplirse todos los requisitos que exigen la Constitución Nacional y la legislación vigente en cada país.

La división de poderes en cada nivel de gobierno lleva a una asignación de responsabilidad en cada una de las etapas en que se divide el ciclo presupuestario. Este ciclo cuenta con cuatro etapas:

- Preparación: le corresponde al Poder Ejecutivo, a todos sus Ministerios y dependencias. El resultado final es el Proyecto de Ley de Presupuesto que será presentado ante el Poder Legislativo para su revisión, discusión y aprobación.
- Sanción: para que el proyecto presentado se convierta en ley, y pueda ejecutarse el gasto público así como la recaudación de las rentas, debe ser sancionado por el Poder Legislativo, una vez discutido su contenido y verificada la viabilidad de su cumplimiento.
- Ejecución: el nuevo presupuesto (aprobado o reconducido) entra en vigencia a partir del 1° de enero del período correspondiente. Las dependencias públicas solo pueden ejecutar los gastos que se encuentran autorizados en las respectivas leyes presupuestarias.
- Control: es lógico suponer que la ejecución del gasto debe ser controlada y supervisada para garantizar que se realice de acuerdo a lo previsto. Para ello, existen diversos controles, de tipo administrativo, legislativo y judicial.

En cada etapa del proceso presupuestario, resulta conveniente que se sigan ciertos principios o reglas, muchos de los cuales se encuentran incluidos en la normativa vigente. Hay principios respecto a la confección y contenido del presupuesto que, íntimamente relacionados entre sí, tienen como objeto primordial establecer un manejo ordenado de las finanzas del Estado. Podemos mencionar, aquí, algunos principios reconocidos por la doctrina y tomados en algunas legislaciones, tales como:

- Unidad: todos los gastos e ingresos públicos deben ser agrupados en un mismo documento y presentados conjuntamente para su correspondiente aprobación legislativa.
- Universalidad: no puede haber compensación entre gastos y recursos, es decir, que tanto unos como otros deben figurar con su importe bruto, sin extraer saldos netos.
- Anualidad: designa el plazo de aplicación del presupuesto. Dicha regla tiene diferente alcance, según se trate de gastos o recursos. Generalmente, solo tiene importancia para la renovación periódica de los gastos y no para los recursos, los cuales dependen de las leyes tributarias, de vigencia fijada por las propias leyes impositivas.

- Continuidad: todos y cada uno de los elementos del presupuesto anual deben apoyarse en los resultados de ejercicios anteriores y tomar en cuenta las expectativas de los ejercicios futuros.
- Exclusividad: es una característica del articulado de la Ley de Presupuesto, ya que suele ocurrir que se incorporen normas sin vínculo estricto con el presupuesto, aprovechando que el mismo suele tener un tratamiento más rápido que otros proyectos. Esta norma se incumple con mucha frecuencia.
- Especificidad: se refiere a la clasificación y designación de las partidas presupuestarias, donde los gastos deben estar convenientemente divididos y discriminados por conceptos.
- Flexibilidad: conduce a que el presupuesto no tenga rigideces que le impidan constituirse en un eficaz instrumento de administración, de gobierno y de programación económica y social.
- Equilibrio: un presupuesto es equilibrado cuando, durante su vigencia, gastos y recursos totalizan sumas iguales; es deficitario cuando los gastos exceden a los recursos y tiene superávit cuando queda un remanente positivo, es decir, cuando los recursos son superiores a los gastos.
- Publicidad o transparencia: consiste en dotar al presupuesto de adecuada publicidad sobre sus aspectos esenciales; esta información debe ser proporcionada en forma clara y comprensible, aun para personas de instrucción elemental.
- Procedencia: la aprobación legislativa debe ser anterior al momento de iniciarse el ejercicio presupuestario. Dada la importancia del presupuesto, su inexistencia en tiempo oportuno desnaturaliza la esencia de la institución.
- Exactitud: responde a la veracidad que debe inspirar el presupuesto.
- Factibilidad: se tiende al establecimiento de objetivos posibles de alcanzar, altamente complementarios entre sí y considerados de la más alta prioridad.



Tradicionalmente, el presupuesto ha sido preparado por la Secretaría de Hacienda, luego discutido en el Gabinete Nacional para ser elevado al Poder Legislativo. La reforma constitucional de 1994 modificó diversas normas sobre las finanzas públicas; entre ellas, creó la figura del Jefe de Gabinete de Ministros y le asignó la responsabilidad de elevar el presupuesto al Congreso.

En nuestro país, el Ministerio de Economía fija el cronograma de las etapas del proceso presupuestario, con la finalidad de llevar a cabo estas tareas dentro de un contexto y marco de referencia viables.

Así, en el mes de marzo (previo al inicio del ejercicio fiscal), la Secretaría de Hacienda elabora el calendario de discusión del presupuesto, se elaboran las proyecciones macroeconómicas y las guías de preparación necesarias que se enviarán a los Ministerios.

Entre abril y mayo se confeccionan las proyecciones de corto plazo, se fijan prioridades provisorias, se elabora el plan de inversiones y se delinear las responsabilidades en la preparación del Proyecto de Presupuesto. El Poder Ejecutivo debe informar al Congreso antes del 30 de junio de cada año sobre las pautas del presupuesto en elaboración.

De acuerdo a lo expuesto, esta primera etapa se basará en la definición de una política presupuestaria para todo el

## Proceso presupuestario en fechas.

Sector Público. Por ello, las metodologías que se usarán como sustento deberán adaptarse a las características

Financiera y que rigen para cada ejercicio financiero. Ello significa que no será necesario repetir en cada Ley de Presupuesto las normas contenidas en la Ley N° 24.156, dado que la Ley de Presupuesto de cada año complementa para ese año a la norma general (Ley N° 24.156). En la segunda parte del artículo mencionado, se indica una prohibición de gran importancia, pero que lamentablemente no ha sido ni es respetada en la actualidad: “[...] contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte”, y agrega que, “en consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”. Cabe recordar que, antes de la existencia de la Ley N° 24.156, el incumplimiento reiterado de esta orden dio origen a la Ley N° 11.672, conocida como Ley Complementaria Permanente de Presupuesto.

Un aspecto importante con respecto a la estructura presupuestaria es la aplicación del principio de no afectación de recursos, cuyo fin es que ciertos recursos no se utilicen para la atención de gastos determinados, esto es, que no tengan una “afectación especial”, sino que ingresen en rentas generales, de modo tal que todos los ingresos entren en un fondo común y sirvan para financiar todas las erogaciones.

El Artículo 23 de la Ley N° 24.156 adopta este principio, aunque aclara que no rige para los ingresos provenientes de donaciones, legados o herencias a favor del Estado nacional y con destino específico. Tampoco rige el principio respecto de recursos que por leyes especiales tengan afectación específica.

Las afectaciones especiales son perniciosas y atacan el principio de unidad ya que no se cumple la centralización de todos los ingresos en un solo fondo. La doctrina, en general, se inclina en contra de las mismas.

Asimismo, la ley contiene normas que regulan la forma en que se debe proceder en aquellos casos en que es necesario utilizar recursos para gastos que no estuvieran previstos en el Presupuesto General aprobado por el Congreso Nacional. Así, expresa que para casos de epidemias, inundaciones, terremotos y otros de fuerza mayor, el Poder Ejecutivo puede disponer autorizaciones para gastar, aun cuando no estuvieran contenidas en la Ley de Presupuesto, debiendo comunicar al Congreso Nacional en el mismo tiempo en que se dispone el gasto, indicando las fuentes de financiamiento, así como un informe que permita apreciar la imposibilidad de atender

dichos gastos con saldos disponibles presupuestariamente.

La Secretaría de Hacienda consolida los anteproyectos, prepara una versión del Proyecto de Presupuesto y los eleva a la Jefatura de Gabinete y al Presidente. Aprobado por este, el Proyecto es enviado por el Jefe de Gabinete a la Cámara de Diputados para iniciar la consideración parlamentaria.

De acuerdo con el Artículo 26 de la Ley de Administración Financiera, el Presupuesto debe ser presentado al Congreso antes del 15 de septiembre de cada año y rige para el inmediato siguiente, coincidiendo así con el año calendario.

Esta norma, en cuanto prescribe que la presentación la efectúa el Poder Ejecutivo, puede parecer incompatible con la cláusula constitucional que determina que el Jefe de Gabinete eleva al Congreso el Proyecto de Ley de Presupuesto (Art. 100, inc. 6° de la Constitución Nacional), pero debemos tener en cuenta que la Ley N° 24.156 fue sancionada antes de producirse la reforma constitucional.

El Proyecto debe ir acompañado de un mensaje que contenga la explicación de los objetivos que el gobierno se propone alcanzar, qué metodología fue utilizada para efectuar los cálculos de recursos y gastos y toda la información que sea oportuna para que los legisladores puedan apreciar las consecuencias de la aprobación de este instrumento.

Aunque la Constitución Nacional no establece cuál debe ser la cámara de origen, a diferencia de lo que ocurre con la imposición de tributos (Art. 52), la Ley N° 24.156 trae una norma específica al respecto que prescribe que el Proyecto de Ley de Presupuesto debe ser presentado ante la Cámara de Diputados. Cabe suponer que el legislador reconoció que debe regir el mismo principio histórico para que designe a la Cámara de Diputados, ya que si tiene la iniciativa en materia de gravámenes por la representación popular que inviste, la misma razón lleva a intervenir previamente en el debate del gasto público que, en definitiva, es el motivo por el que se autorizan las contribuciones.

En cuanto al régimen positivo de nuestro país, el trámite del Proyecto de Ley es semejante al de cualquier ley: en la Cámara de Diputados opera una Comisión denominada de Presupuesto y Hacienda, que elabora el despacho respectivo para su posterior análisis por el cuerpo y una vez producida la media sanción se completa el trámite.

Este Presupuesto adoptado por el Congreso pasa, como

todas las leyes, al Poder Ejecutivo para su aprobación y promulgación. Si el Presidente no observa la sanción dentro del término de diez días hábiles, se la considera aprobada y adquiere carácter de norma obligatoria.

El 1° de enero, una vez sancionada la Ley de Presupuesto por el Congreso, y una vez promulgada por el Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete de Ministros dispone la distribución administrativa del Presupuesto de Gastos, mediante una decisión administrativa.

Puesto en vigencia el Presupuesto, comienza la fase de su ejecución que, en sentido amplio, consiste en un conjunto de operaciones o de actos reglamentados que tienen por objetivo la recaudación de los distintos recursos públicos y las erogaciones de los distintos gastos e inversiones previstos en el Presupuesto que se va a ejecutar. Es decir que esta etapa comprende básicamente dos tipos de operaciones:

- Operaciones relacionadas con la recaudación de los recursos públicos.
- Operaciones relacionadas con la realización del gasto público.

El control es la última instancia del ciclo presupuestario. Algunos autores consideran que es posible enfocar toda la operación presupuestaria como un conjunto de actos tendientes al control de la inversión de las rentas públicas, de manera tal que ese control comienza con la previsión y la determinación de los hechos y actos que se van a realizar, su conocimiento simultáneo y posterior evaluación.



modificaciones de distintos grados, pero no puede por iniciativa propia elaborar su propio Proyecto de Presupuesto. Similar tratamiento transcurre en la Cámara de Senadores, como representante de los intereses de las provincias según el sistema federal de gobierno de nuestro país. La necesidad de respetar el principio de equilibrio presupuestario durante su tratamiento es normada en el Artículo 28 en cuanto la exigencia de que “[...] todo incremento del total de gastos previstos en el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional deberá contar con el financiamiento respectivo [...]”. Se pretende evitar que vía legislativa se adicione gastos sin contar con recursos necesarios. Si por ejemplo el Congreso estima conveniente la realización de un gasto adicional, deberá reducir otras erogaciones y/o aumentar

Aclaremos a los lectores que tanto la etapa de la ejecución como la correspondiente al control público van a ser analizadas en ediciones posteriores.

Como ya se expresó anteriormente, el Proyecto de Presupuesto debe enviarse al Congreso antes del 15 de septiembre. Reconoce a la Cámara de Diputados como cámara de origen y es tratado por ambas cámaras como cualquier ley. Según nuestra tradición institucional es Diputados la cámara de origen para su tratamiento. Si bien no reviste categoría constitucional, así lo establece el Artículo 26 de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control, en virtud de las razones históricas señaladas y que datan del siglo XII en Inglaterra. La denominada cámara baja, como representante de los intereses del pueblo, tiene facultades preferenciales por ser el Presupuesto el instrumento financiero más importante en que se manifiestan las relaciones de poder y diversas demandas ciudadanas, con los consiguientes efectos sobre diferentes sectores sociales y económicos.

Con la participación de sus distintas comisiones –siendo la estratégica Comisión de Presupuesto la que centraliza los debates internos– el proyecto del Ejecutivo es discutido y aprobado, ya sea en su totalidad o con modificaciones. Se debe recordar que el Presupuesto –juntamente con las leyes de Ministerios– es de iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo, porque en definitiva solo a él le compete significativa su ejecución y hace a la sustancia de que está revestido como poder esencialmente administrador de la República. El Congreso puede hacer

### Tratamiento legislativo.

los recursos con incrementos impositivos o facultar al Poder Ejecutivo a contraer crédito público adicional. Como todas las leyes, y siguiendo el procedimiento establecido por la Constitución Nacional, el Presupuesto sancionado por el Congreso pasa al Poder Ejecutivo para su aprobación y promulgación. El Presidente de la Nación tiene derecho de veto, consistente en la facultad de desechar “en todo o en parte” el proyecto sancionado, devolviéndolo con sus objeciones a la Cámara de origen para nueva consideración. Sin embargo, el Congreso podrá poner en funcionamiento el mecanismo de insistencia, previsto en el Artículo 83. Si se logran las mayorías de dos tercios de los votos en ambas Cámaras se convierte en ley el texto observado, sin que el Poder Ejecutivo pueda ejercer nuevamente su facultad de veto.

La aprobación del Presupuesto incluye un límite para el déficit y para el monto total del nuevo endeudamiento (límites conocidos como reglas macrofiscales). El papel del Congreso en la discusión del Presupuesto ha ido aumentando y en varios casos ha modificado ciertas partidas del proyecto del Poder Ejecutivo. En general, existe un clima de colaboración entre el Congreso y el Poder Ejecutivo y en los últimos años el Presupuesto ha sido aprobado dentro de los plazos legales.

Desde el año 1992 y luego de varias décadas, el Poder Ejecutivo ha presentado, en tiempo y forma, el Proyecto de Ley de Presupuesto al Congreso. Esto posibilita contar con un presupuesto anual aprobado al inicio del año fiscal, respondiendo el Poder Legislativo a las necesidades de la administración. Diversas razones de orden político-institucional demoraron su sanción en tiempo oportuno en reiterados períodos anteriores. Pero

el Estado es una institución revestida de una personalidad jurídica ilimitada en el tiempo, y la producción pública de servicios esenciales no puede ser interrumpida por la falta de sanción del Presupuesto.

Cuando en su momento se trató y envió el Proyecto de Ley N° 24.156, se pretendió la aprobación automática del Proyecto de Presupuesto si presentado oportunamente al Congreso, no estuviere aprobado al inicio del ejercicio fiscal. Esta iniciativa no fue aceptada por el Parlamento dado el elevado valor político del Presupuesto fundamentado en su inevitable discusión, en cuanto los ciudadanos deben conocer cómo se destinan sus recursos. Es por ello que se mantuvo la norma incluida en la anterior Ley de Contabilidad: el Artículo 27 de la Ley N° 24.156, en el caso excepcional de que el Presupuesto no estuviera aprobado al inicio, ya sea porque el Poder Ejecutivo no envió el proyecto o porque no hubo acuerdo, faculta al Poder Ejecutivo a realizar una serie de ajustes al Presupuesto vigente el año anterior, solo con el fin de



asegurar la continuidad y eficiencia de los servicios. Las facultades limitadas del Poder Ejecutivo para reprogramar el Presupuesto (también conocida como reconducción presupuestaria) comprenden una serie de ajustes que se encuentran especificados en la ley, tales como en materia de:

- Recursos: eliminación de aquellos ingresos que no volverán a recaudarse y el crédito público ya utilizado. Deben estimarse los rubros de recursos para el nuevo ejercicio.
- Gastos: eliminación de créditos no repetibles si, por ejemplo, en el curso del año anterior se construyó una obra. Se deben adaptar los objetivos en función de los recursos reprogramados.

### Falta de aprobación a tiempo.



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

# UN BALANCE PROVISIONAL RESPECTO AL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL CONTROL\*

\*El presente trabajo guarda importante similitud con el publicado por el autor en la obra colectiva *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Guillermo Scheibler Coordinador, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2012.

**Mario Rejtman Farah**

Analizado en perspectiva, el derecho de libre acceso a la información como herramienta para el control público y de la sociedad y para impulsar contextos de transparencia pública ha registrado a través del tiempo un importante salto cualitativo que no puede desconocerse. Una mirada retrospectiva del tema permite ver la distancia que existe actualmente respecto a su regulación, alcances y vigencia en relación con un pasado no demasiado lejano.

Sin perjuicio de reconocer tales avances, el centro de la cuestión no parece consistir –a mi juicio– en establecer qué normas se han dictado sobre el tema o qué legislación reconoce o regula este derecho o de qué modo lo hace, sino cómo todo ello se aplica en la realidad. Cómo funciona en definitiva el sistema.

El interrogante sobre el que me gustaría reflexionar aquí es si existe plenamente, desde la práctica y el derecho que se aplica en nuestro país, un amplio y eficaz derecho a la información tal como, por otra parte, está normativamente reconocido.

No me referiré a lo que dicen los *boletines oficiales*, a las previsiones del Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup> o a las del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup> (de jerarquía suprallegal, conforme lo prescripto por el

## 1. Algunas dificultades y problemas.

Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional<sup>3</sup>), al Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni a lo contemplado por el Artículo III, inc. 5 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción o el Artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>4</sup>.

Tampoco al Artículo 41 de la Constitución Nacional sobre la obligación de proveer información ambiental, ni al Artículo 42 de la misma norma fundamental sobre derechos de usuarios y consumidores a una *información adecuada y veraz* o al párrafo tercero del Artículo 43 sobre el derecho de toda persona a una acción para tomar conocimiento de datos a ella referidos que consten en registros de datos públicos o a las obligaciones vinculadas a la publicidad de las leyes contempladas en el Artículo 83 de la Constitución. No abordaré tampoco la recepción constitucional y legal que este derecho ha tenido en la

<sup>3</sup>En tanto los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y conforme dicha cláusula constitucional algunos de ellos jerarquía constitucional.

<sup>4</sup>Habitualmente se relaciona el acceso a la información con un mecanismo de control de corrupción. Más información implica mayor transparencia y ello conduce a mayor control de la acción de gobierno por parte de la ciudadanía. Esto es verdad. Pero cabe señalar que no es un tema necesariamente vinculado a ella (aunque por supuesto tiene bastante que ver en tanto los pescados no engordan en aguas transparentes). El ejercicio del derecho a saber tiene un impacto mucho mayor y si se vincula con la transparencia pública y la gobernabilidad. Nos referimos con mayor profundidad al tema en *Transparencia y Gobernabilidad: aportes para un debate*, mimeo, Buenos Aires, Banco Mundial, julio 2008. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reforzado la idea de la existencia de una ciudadanía informada como precondition para el funcionamiento del régimen democrático. Existe así un conjunto de derechos involucrados. El derecho a la verdad y la información que ha ido surgiendo en los últimos tiempos nos permite reconstruir nuestra identidad social en cuestiones vinculadas a los oscuros años de la última dictadura militar. Es por medio del derecho a saber como podemos organizar nuestra vida, sabiendo cómo el Estado implementa políticas de salud, de educación o de vivienda. Más y mejor información reduce la pobreza y constituye un componente fundamental dentro de una estrategia de desarrollo exitosa. No podríamos saber cómo votan nuestros legisladores si no existieran registros públicos de ello, lo que haría más difícil formarse un juicio sobre su desempeño al momento de elegirlos para el mismo u otro cargo.

<sup>1</sup>Conforme el cual todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

<sup>2</sup>Que al respecto prevé que 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.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante indistintamente CABA– a través de previsiones directas o indirectas referidas a esta cuestión, contenidas tanto en los Artículos 1º, 12 inc. 2º, 26, 46, 54, 74, 105, 132 o 135 de su Constitución como en las Leyes Nros. 104, 303, 539, 572, 1.391, o en el Decreto N° 1.646/2000. Menos aún a otras normas que guardan vinculación tangencial con esta materia o se refieren, en parte, a ella previendo el acceso a determinada y puntual información.

No analizaré, en el mismo sentido, el más modesto reglamento aprobado por el Decreto N° 1.172/2003, a través del cual se regularon diferentes aspectos vinculados a este derecho, aplicable solo a la Administración pública nacional pero no a los otros poderes del Estado, aún en los casos en que éstos ejerzan funciones administrativas. Tampoco al Decreto N° 229/2000 (Carta Compromiso con el Ciudadano), antecedente general, tal vez, del antes mencionado reglamento.

Finalmente tampoco analizaré los principios generales respecto al derecho de libre acceso a la información sobre los que existe singular consenso, expuestos aquéllos en documentos producidos por distintas organizaciones o grupos internacionales, recogidos entre otros en la *Declaración de Chapultepec*<sup>5</sup>, los *Principios de Johannesburgo*<sup>6</sup>, los *Principios de Lima* de 2001 o la *Declaración SOCIUS Perú 2003*<sup>7</sup>, o los elaborados por la

prestigiosa organización *Article XIX*<sup>8</sup> u otros similares<sup>9</sup>. Optaré, en consecuencia, por abordar el derecho a la información que se practica, cómo parece funcionar el sistema, su eficacia para un control efectivo y lo que puede esperarse al respecto en el futuro en función del camino hasta ahora recorrido y del que falta por recorrer. Lo demás podría llegar a ser solo y nada más que deseo.

Me pregunto si existe, en ese sentido, un pleno, amplio y autónomo<sup>10</sup> derecho a la información, como derecho humano inalienable reconocido como principio general, sin cortapisas, salvo supuestos excepcionalísimos<sup>11</sup>. El interrogante no puede responderse en abstracto. Lo que dicen las normas, lo que dicen los principios o los argumentos que de ellos se desprenden, podemos extenderlos sin límites, pero la única realidad es que en ciertos casos existe este derecho y en otros no, en ciertos temas y en ciertas circunstancias sí, pero en los mismos temas en otras circunstancias no. Como en cualquier otra materia, no existen principios, leyes perfectas o verdades absolutas. Solo –y siempre– casos concretos.

Los límites y alcances del derecho de libre acceso a la información dependen así de contextos específicos analizados en cada caso particular, cuando la Administración evalúa si la razón, que solo por ley se

<sup>5</sup> La conocida como Declaración de Chapultepec fue adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión en Ciudad de México el 11 de marzo de 1994. Esta conferencia congregó a líderes políticos, escritores, académicos, abogados constitucionalistas, directores de periódicos y ciudadanos de toda América y fue el resultado de más de un año de trabajo, en el que se examinaron los desafíos y las presiones sobre libertad de expresión y la libertad de prensa en las democracias del hemisferio. La declaración contiene diez principios fundamentales para que una prensa libre cumpla su papel esencial en la democracia. Fue suscrita por jefes de Estado, prominentes líderes, ciudadanos y organizaciones americanas.

<sup>6</sup> Ver The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Information and Access to Information, octubre 1995. Estos principios fueron adoptados el 1º de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos, convocados por el Article 19, el Centro Internacional Contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios en Derecho Aplicado de la Universidad del Witwatersrand, en Johannesburgo. Están basados en el derecho internacional y regional y estándares afines a la protección de los derechos humanos; en el desarrollo de la práctica pública y en los principios generales de ley reconocidos por la comunidad de naciones.

<sup>7</sup> Como resultado del Seminario Internacional Información para la Democracia, organizado por el British Council y el Consejo de la Prensa Peruana en el marco del proyecto Acceso a las Fuentes de Información del Estado que el Consejo de la Prensa Peruana venía desarrollando con la Defensoría del Pueblo, se emitieron los conocidos como Principios de Lima vinculados precisamente al acceso a la información.

<sup>8</sup> Article XIX es una organización no gubernamental de origen británico y publicó en junio de 1999, en el marco de una Campaña global para la libre expresión, un documento: El derecho del público a saber, consignando un conjunto de principios vinculados a la legislación relativa a la libertad de información. Ver también de la misma organización: A model freedom of information law, elaborado por el Centre for Policy Alternatives, Commonwealth Human Rights Initiative y Human Rights Commission of Pakistan, julio 2001.

<sup>9</sup> Entre otros, los documentos producidos por el Diálogo Interamericano, Acceso a la Información en las Américas; Informe sobre la Conferencia de diciembre 2002, Buenos Aires, Argentina; la Resolución 1932 de la Organización de Estados Americanos; Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, 10 de junio de 2003 o el documento producido por The Carter Centre, Access to Information: A Key to Democracy, noviembre 2002.

<sup>10</sup> Y no meramente instrumental ni solo como una vía para garantizar el ejercicio de otros derechos, aunque en ocasiones pueda constituirse en un presupuesto para ello. La participación ciudadana es una muestra de ello. Ver al respecto, entre otros, el trabajo de Sebastián Alanís, “El acceso a la información pública como elemento de transformación en la emergencia”, en Ahe, Dafne Soledad (coord.), *El derecho administrativo en la emergencia II*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002. También Guillermo Scheibler, *Presupuesto participativo: una redefinición de la relación administración-sociedad civil*, Buenos Aires, La Ley 2004 - C, p. 1058; Marcelo Bruno Dos Santos, Pablo Fernández Lamela y Miguel López Olivera, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - Rap*: 315:91, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004; y Mario Rejtman Farah, “La organización administrativa y la participación ciudadana”, en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 335 y sigs.

<sup>11</sup> Lo que implica la presunción a favor del requirente y la aplicación de un principio que podríamos consignar como in dubio pro acceso, por denominarlo de un modo análogo a los existentes en materia de derechos humanos y que tal vez ayuda a interpretar denegatorias no establecidas o no previstas en forma expresa.

puede prever como habilitante para restringirlo, se da en una situación concreta.

En la realidad es ella, la Administración, quien en el fondo tiene el poder de limitar la extensión del derecho cuando dispone la reserva frente a cada pedido en particular. Es quien en definitiva otorga y reconoce el derecho. O lo niega.

La cuestión, pues, no pasa solo por las previsiones normativas respecto al derecho de libre acceso a la información, aunque el dictado de una ley sea imprescindible. Sin perjuicio de que debe ser una norma de tal jerarquía que autorice o cree categorías, materias o cuestiones donde sea admisible restringirlo –fijando los propósitos o fines–, es la Administración quien en definitiva *identifica* la documentación o información o el hecho concreto a incluir como perteneciente a esa categoría.



Existe a mi criterio un cierto desequilibrio cualitativo y cuantitativo entre las escasas normas específicas que se ocupan del derecho de libre acceso a la información y la profusa legislación que regula el secreto o la reserva de aquélla.

En tal sentido, por ejemplo, la garantía a la privacidad personal, protegida en el orden nacional por la Ley N° 25.326<sup>12</sup>, es frecuentemente invocada para denegar información vinculada a beneficiarios de planes sociales, otorgamiento de subsidios, provisión de medicamentos en forma gratuita, etc. Así en un pedido de información vinculado a la lista de beneficiarios del programa nacional de becas estudiantiles, el entonces Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología la denegó afirmando *que la misma se encuentra alcanzada por las limitaciones que surgen del Anexo VII (Art. 16 incisos d, i) del Decreto N° 1.172/2003, así como por la norma específica relativa a la protección de los datos personales.*

Pese a la interpretación que la Dirección Nacional de Datos Personales ha dado a la Ley N° 25.326 para que ella no constituya obstáculo al libre acceso a la información –salvando aquellos datos personales de carácter

El derecho a la información está así en manos de quien lo aplica. Como sucede con frecuencia quienes hacen efectivos u operativos ciertos derechos, y entre ellos el aquí tratado, son los órganos administrativos. El último empleado del último organismo crea derecho, decidiendo si da o no acceso a la información.

Desde esta óptica pretendo acercarme a un derecho más vivo, aquél al que en última instancia debe atender el jurista, pues el derecho es algo mucho más amplio que lo que surge de la sola lectura de los textos normativos. En definitiva, abordar el tema a partir de los problemas que suelen presentarse y no de las buenas intenciones que seguramente tienen muchos funcionarios con responsabilidad en esta cuestión.

## 2. Probable desequilibrio.

sensible<sup>13</sup>–, persisten diversos criterios por parte de distintos organismos al momento de brindar información, invocando precisamente dicha ley. Se denegó incluso información sobre transferencias a organizaciones sociales y culturales sin fines de lucro cuando, en ese caso, los beneficiarios eran instituciones y por lo tanto sus datos no estaban alcanzados por las previsiones de la Ley N° 24.326.

Existen otras normas, muchas de ellas de jerarquía legal, que regulan también el secreto de ciertos datos manejados por el Estado. Así, por ejemplo, la Ley N° 11.683 sobre Procedimientos Fiscales; la Ley N° 17.622 sobre la creación del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos; la Ley N° 17.811, en relación con el secreto de las informaciones recogidas por la Comisión Nacional de Valores; la Ley N° 21.526 sobre Entidades Financieras; algunas previsiones del Decreto Ley N° 19.459/1972 sobre Procedimientos Administrativos o su decreto reglamentario, la Ley “S” N° 20.195, orgánica de la SIDE; el Decreto N° 3.110/1971 sobre el Sistema Estadístico Nacional, etc. Similar situación se da respecto a normas específicas que se ocupan del secreto o la reserva

 <sup>12</sup> Debemos recordar que la mencionada ley establece que para el tratamiento de datos personales es preciso el consentimiento del titular afectado, pero que no es necesario este requisito cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso irrestricto o se precisen para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o por una obligación legal. Tampoco cuando se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio. Del mismo modo no es necesario el consentimiento cuando los datos requeridos deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos o cuando se trate de datos de entidades financieras sobre sus clientes.

<sup>13</sup> Ver así, por ejemplo, el muy fundado dictamen del Director Nacional de dicho organismo, quien con acierto interpretó que en la medida en que en la información que se brinda, se preserve a través de procedimientos de disociación la identidad de las personas beneficiarias de los subsidios y transferencias, nada cabe observar (Dictamen DNPDP N° 0118/06 del 20 de junio de 2006). 

vinculada a temas de seguridad, defensa o inteligencia, tales como el Decreto “S” N° 5.315/1956 y de la Ley “S” N° 18.302, que rigen cuestiones presupuestarias relativas a gastos reservados atinentes a la seguridad. Por lo que cabe al menos preguntarnos si desde el sistema legal, se impone efectivamente la publicidad o el secreto.

Efectuar un análisis particular de tal normativa excedería el objeto de este trabajo, por lo cual, con esto, simplemente dejamos señalado el desbalance existente entre la profusa legislación que regula el principio de

secreto de datos públicos y aquella que protege el derecho constitucional de acceso a la información pública, materia sobre la cual –además– no existe en el orden nacional una ley que regule la materia y que, por tanto, alcance a todos los poderes del Estado.

Al derecho de libre acceso se le oponen así leyes, decretos, reglamentaciones y actos administrativos de la más diversa jerarquía. Ello sin considerar los argumentos y las razones esgrimidos por el propio Estado, al interpretar normas de la más variopinta entidad, para limitarlo o, directamente, no reconocerlo.

### 3. Escasa organización de la información pública.

No desconozco que la efectiva posibilidad de acceder a los documentos obrantes en poder del Estado no depende tan solo de la voluntad de los funcionarios que en cumplimiento de una obligación legal deben otorgar la vista de un expediente o el acceso a información que les sea requerida.

En ocasiones, localizar dónde se encuentra esa información o en qué expediente o dependencias está archivada puede convertirse en una tarea ardua y difícil. Cómo gestionar la información disponible en la Administración pública es aún hoy una asignatura pendiente en nuestro sistema institucional.

Todo el Estado es responsable de la transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información pública pero bien es sabido que no todos los organismos asignan prioridad al archivo y resguardo de la documentación que generan o reciben.

No existe en nuestro sistema normativo –ni funcional– una precisa y acabada gestión del conocimiento en

materia de organización de los archivos ni suelen adoptarse todos los recaudos suficientes para conservar organizados los soportes documentales de los organismos estatales. Los registros públicos, asimismo, no son homogéneos.

Ello obra como una dificultad adicional al momento de intentar acceder a información pública. Antecedentes desperdigados, diferentes expedientes para tratar una misma cuestión, ausencia de registros y falta de un organismo rector en la materia, son parte de una realidad bien conocida.

Esto reafirma que el necesario dictado de una ley de libre acceso a la información no es garantía, en sí mismo, de apertura de información, si no están dados otras condiciones y recaudos. Las leyes no son, en estos casos, el comienzo de un camino sino solo un paso o hito, de todos modos imprescindible, en el camino por recorrer.

### 4. Excepciones en paralelo<sup>14</sup>.

Si el reconocimiento del derecho tiene origen supraconstitucional, constitucional y legal, las excepciones deben estar previstas en normas de similar jerarquía.

No obstante el principio general en la materia, conforme al cual la limitación al libre acceso debe ser siempre excepcionalísima, prevista por ley y dispuesta por la máxima autoridad en forma no delegable, existen diversas previsiones que ni siquiera regulan la materia en forma explícita, pero a través de las cuales se introducen

nuevas categorías o se establecen restricciones no mencionadas ni creadas por normas específicas sobre reserva o confidencialidad, en contradicción con los principios antes expuestos. Nos estamos refiriendo no solo a lo que la Administración hace sino a casos donde diversas previsiones normativas abren compuertas para permitir la violación al deber de dar información pública.

Se invoca con frecuencia y con supuesto respaldo legal, aunque probablemente no legítimamente, el *derecho al secreto* y se busca en diversas fuentes su justificación.

<sup>14</sup> La expresión “en paralelo” nos remite a la situación descrita en este apartado, en el que la reserva viene dada de modo no expreso o por normas que carecen de suficiente jerarquía normativa o a través de decisiones manifiestamente arbitrarias.

Dentro del mismo sistema legal que exige la publicidad se esconden con frecuencia, cual caballo de Troya, potestades genéricas y delegaciones difusas para considerar información pública como reservada impidiendo el libre acceso a ella.

Un ejemplo de lo expuesto es el Artículo 119 apartado f) de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera, que al respecto prevé que la Auditoría General de la Nación (AGN) puede dar a publicidad todo el material señalado en el inciso anterior del mismo artículo, pero a la par abre la posibilidad genérica de imponer una severa restricción al derecho de libre acceso a la información al mencionar que la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas tiene la facultad de disponer que permanezca reservada la memoria de aquél órgano constitucional.

La limitación no obedece a ningún fin previsto ni por la Ley de Administración Financiera ni por ninguna otra que prevea supuestos donde el secreto esté justificado y la supuesta potestad de disponer una reserva tan amplia queda así librada a la discrecionalidad absoluta de la Comisión Mixta, excediendo los límites de razonabilidad que debe tener dicha facultad y cercenando los alcances e incidencia del control a cargo de la AGN.

En el mismo orden de ideas, el Artículo 23 apartado f) de la Ley N° 25.164, conocida como *Ley Marco de Empleo Público*, impone el deber de sigilo de los funcionarios

públicos, tema al que nos referiremos más adelante, pero que puede ser irrazonablemente invocado como habilitante genérico de un secreto no regulado expresamente por ley alguna.

Paralelamente, pese a lo previsto por el Artículo 3° del Decreto Delegado N° 1.023/2001, que establece como uno de los principios generales de las contrataciones *la transparencia en los procedimientos y la publicidad y difusión de las actuaciones*, el Artículo 19 de la misma norma exige acreditar en forma *fehaciente* algún interés para tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, como si el derecho de libre acceso a la información no fuera suficiente y autónomo. La misma norma restringe el ejercicio de este derecho durante la etapa de evaluación de las ofertas.

Otro modo de cercenar implícitamente el libre acceso a la información es la publicación en los boletines oficiales de ciertas leyes o decretos sin sus anexos u omitiendo publicar modificaciones presupuestarias.

Otra inadmisibles restricción suele provenir del hecho de que la información que se dé sea parcial, lo que implica, muchas veces, no darla o que no sirve la que se dé. Por supuesto que no parece posible que una cuestión sea tan secreta como para que toda la información permanezca oculta.

Son solo algunos ejemplos demostrativos de la cuestión aquí expuesta.

## 5. ¿Libre acceso o reserva por vía de interpretación?

ello debe ser ponderado en cada situación y circunstancia específica y concreta.

Cuando se presente un supuesto donde existan dos derechos y valores en pugna, resulta de aplicación, frente al control de razonabilidad de cualquier eventual restricción, el parámetro de la proporcionalidad según el cual, para limitar el derecho fundamental de libre acceso, debe efectuarse una ponderación razonada y proporcionada entre éste y el que se quiere proteger. Conforme lo expresara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes y otros c/ Chile”, del 19-9-2006, debe explicarse cuál es la razón por la cual no se debe liberar cierta información y demostrarse que existe un daño probable y posible que afectaría al interés general que justifique clasificar información como reservada y que ese daño sería superior al derecho de conocer esa información por razones de interés público.

 Como lo mencionamos precedentemente, las limitaciones suelen venir de la mano de exégesis o apreciaciones efectuadas por diversos órganos administrativos.

Si el secreto es la excepción, toda interpretación de la que surja que correspondería mantener reserva debe ser restrictiva. Considerando, además, el reconocimiento constitucional y supranacional del derecho aquí tratado y los principios generales del derecho, toda restricción debe ser razonable. Ello nos conduce a la cuestión vinculada al control de razonabilidad de la ley impuesto por el Artículo 28 de la CN.

Cualquier limitación al ejercicio del derecho de libre acceso debe estar pues dirigida, en forma razonable, a proteger en concreto otro bien constitucionalmente más relevante que la publicidad. Es necesario que se encuentre comprometido en forma efectiva algún derecho constitucional digno de mayor protección. Todo

Ello exige efectuar un análisis pormenorizado, en cada caso particular, de los hechos del caso y de la idoneidad de la medida para obtener el fin perseguido, la posibilidad de acudir a un medio menos gravoso y la proporcionalidad entre los beneficios y ventajas para el interés general y los perjuicios sobre bienes o valores en conflicto, considerando la importancia del interés que se pretende proteger.

La Corte de Apelaciones del 5° Circuito de los EE. UU. se pronunció en este sentido sobre un acto que impedía abrir –hasta 2007– archivos de una agencia oficial de donde surgían o podían surgir las razones por las cuales existía segregación racial en el estado de Mississippi. El *estándar* utilizado para resolver si debía o no mantenerse

el secreto fue, una vez más, la proporción de los derechos en juego en tanto, como allí se señalara, *con la apertura de los archivos se daría cumplimiento al principio general que exige el debate público e informado sobre los actos de gobierno, mientras que su no revelación perpetuaría el intento del Estado de evadir la obligación de responder por sus actos.*

En el mismo orden de ideas un fallo judicial de la Unión Europea dio primacía a la transparencia y el acceso a la información pública por sobre la privacidad, resolviendo que los *lobbistas* que participaban en reuniones de la Comisión Europea debían ser mencionados y que si se solicitaba el acceso a estos documentos no podía aquél negarse porque existieran en esos documentos públicos nombres personales<sup>15</sup>.

## 6. Debilidades en el control.

público, pero también del Poder Judicial o de organismos internacionales<sup>19</sup>.

En muchos casos es la Justicia quien interviene para remediar omisiones o denegatorias irregulares y permitir hacer efectivo el libre acceso. Ninguna duda cabe de que el Poder Judicial ha ejercido un rol importante en relación con dicho control. Pero no puede desconocerse la natural demora con que éste se efectiviza, con lo cual seguramente para el interesado el resultado final, aunque exitoso, puede ser muchas veces tardío.

Cuando el tema llega a los tribunales –y pocos asuntos llegan<sup>20</sup> – no siempre los jueces reconocen el derecho. Por lo tanto la posibilidad de que esta sea regularmente la vía de control más idónea, rápida y efectiva es incierta.

Las sentencias judiciales en general, favorables al ejercicio del derecho de libre acceso a la información, han servido para mostrar que hay que hacer mover el sistema para que el derecho se haga efectivo. Pero se requiere, además, que haya algún interesado, con tiempo suficiente

 Las recomendaciones que formuló a nuestro país el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC)<sup>16</sup> pusieron de manifiesto la necesidad de fortalecer los sistemas de control en Argentina<sup>17</sup>. En el tema aquí tratado esta cuestión también resulta relevante.

Encontrar el modo de acotar y controlar a una Administración pública que tantas veces luce como limitadora en esta materia es una dificultad adicional al momento de hacer efectivo el derecho<sup>18</sup>. Es en este aspecto donde suele ampliarse la distancia y la brecha entre lo que las normas dicen que debe hacerse y lo que efectivamente se hace. Nos preguntamos si hay suficientes vías para llevar adelante un efectivo control en esta materia.

Desde la teoría se afirma, y nadie lo discute, que la reserva debe estar sujeta a control parlamentario o de un órgano independiente y de los organismos específicos de control

 <sup>16</sup> El Mecanismo de Seguimiento es un ejercicio conjunto entre los Estados parte de la CICC para que a través de un procedimiento de evaluación de pares aquéllos analicen cómo han implementado y puesto en funcionamiento las previsiones de la Convención. Ver, además, Mario Rejtman Farah, *Bases para un proyecto de plan de acción para la implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción*, elaboradas en el marco del trabajo encomendado al suscripto por la Organización de Estados Americanos y la Oficina Anticorrupción, Buenos Aires, 2006.

 <sup>17</sup> Ampliar en Mario Rejtman Farah, “El (des)control de la administración pública”, *Res Publica Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006-1.

 <sup>18</sup> Los precedentes jurisprudenciales en la materia son una muestra adicional de cómo, una vez más, ha debido ser la Justicia la que restableció el derecho a la información denegado por la Administración.

 <sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) del 8 de noviembre de 2007, dictada en la causa promovida por The Bavarian Lager Co. Ltd., apoyada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), contra la Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-194/04, en donde se había requerido se anulara una decisión de dicha Comisión por la que se desestimó una solicitud presentada por la demandante con objeto de obtener acceso completo al acta de una reunión y que se declarara que la Comisión actuó erróneamente al poner fin al procedimiento incoado contra el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con arreglo al Artículo 169 del Tratado CE (actualmente Artículo 226 CE).

 <sup>19</sup> Aún cuando en ciertos casos su opinión sea solo consultiva o tenga el carácter de recomendación.

 <sup>20</sup> Ver de Alejandro Nieto, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, 1975, pp. 9-30.

(aunque la cuestión tramite por la vía de un amparo), con los recursos necesarios, con decisión, con interés, con asesoramiento letrado para demandar judicialmente, con energías para afrontar un proceso de esta índole y preparado para correr el albur propio de todo litigio.

Respecto al acto administrativo a través del que debe disponerse la reserva de información deberá controlarse que aquél cumpla con todos los requisitos de validez. Tal control no solo se limitará a verificar si se dan las condiciones regladas o si se han cumplido los procedimientos necesarios para hacerlo sino también las cuestiones administrativa y judicialmente revisables en materia de actos discrecionales.

La existencia de reiterados fallos favorables al libre acceso a la información, en el marco de acciones interpuestas por incumplimiento en brindarla, muestra dos realidades: que la obligación de dar información, aún

impuesta en forma expresa por la Constitución y la ley, suele con frecuencia no ser cumplida por la Administración y que, afortunadamente, la jurisprudencia ejerce en esta materia una influencia insustituible para restablecer el derecho denegado.

Los controles sociales, siempre imprescindibles en materia de transparencia pública, no son tampoco del todo suficientes, aunque algunas estrategias utilizadas por diversas organizaciones del sector civil, que muestran o han mostrado una persistente y muy seria actividad en esta materia, inducen a pensar que, entre otras acciones, ganar litigios y a la par mantener el tema en los medios son remedios eficaces, pues suele suceder, a veces, que llegan más rápido al seno del poder los titulares de los diarios que la voz de la doctrina administrativista<sup>21</sup>.

En definitiva, los hechos parecen mostrar que el control sobre la actividad estatal en esta materia encuentra ciertas limitaciones para su realización.

## 7. Los tratados internacionales como mecanismo impulsor.

Un ejemplo de ello fue la aplicación del Artículo 43 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que exige a los Estados parte que elaboren informes vinculados a de qué manera internamente se aseguran efectivamente las disposiciones de dicha Convención y sobre la evolución y el progresivo cumplimiento de los compromisos internacionales. La ausencia de tal información imposibilita efectuar un seguimiento de su cumplimiento. El informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup>, en ese sentido, es un muy buen ejemplo de ello.

<sup>21</sup>Fue gracias a la pertinaz labor de organizaciones no gubernamentales que el Gobierno de los EE. UU. desclasificó documentación clasificada como secreta vinculada a la dictadura militar de Pinochet en Chile. Ver así el documento: Cuando los tiranos tiemblan, New York, Human Rights Watch, 1999 y los informes elaborados al respecto por el National Security Archive, organización no gubernamental de cabildo para el libre acceso a la información cuyo Proyecto de Documentación de Chile lideró la campaña a favor de la mencionada desclasificación. Dichas organizaciones han liderado el tema de la libertad de información en los EE. UU.

<sup>23</sup>Ver al respecto el Informe 28/92 de dicha Comisión sobre Argentina. El primer informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina, publicado por la Comisión en 1980, fue un duro golpe a la dictadura. Desde aquellos terribles años, la Comisión y la Corte Interamericanas han jugado un papel clave para la vigencia de los derechos humanos, en general y de los vinculados a la libre expresión y a la información, en particular. En tal sentido el sistema interamericano constituyó una instancia invaluable para remediar, en el exterior, aquello que no se podía modificar en el ámbito interno. En la materia aquí tratada, y en particular en relación con la libertad de expresión, el sistema funcionó adecuadamente ante la condena penal impuesta al periodista Horacio Verbitsky. A partir de allí se obtuvo la derogación de la figura del desacato del Código Penal. En el mismo sentido fue fundamental el papel de la Comisión para evitar la sanción del proyecto conocido como ley mordaza, que tenía como objetivo silenciar a la prensa independiente.

Toda vez que el derecho aquí tratado goza de protección internacional, no pueden invocarse disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento si ello va en contra de lo resuelto por los tribunales que crean los pactos que reconocen el libre acceso como principio. La última palabra la tendrá la jurisdicción supranacional. Ello en tanto la categoría de legislación supranacional que, en el marco de la Constitución Nacional, se le ha dado a ciertos tratados con el consiguiente reconocimiento de la competencia de la jurisdicción de tribunales internacionales creados para el juzgamiento de los actos del Estado Nacional violatorios de dichos acuerdos y la jurisprudencia de la CSJN, que ha dicho que los pactos rigen considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales competentes para su interpretación y aplicación, incluyendo sus opiniones consultivas<sup>22</sup>.

<sup>22</sup>Ver, entre otros, CSJN, Fallos: 318:514 in re "Giroldi Horacio D. y otro" reiterado, entre otros precedentes, en "Arce, Jorge Daniel", Fallos: 320:2151.

Otro antecedente, en el mismo orden de ideas, fue la presentación que realizara el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) vinculada a diversas cuestiones relacionadas con el Programa Pro Huerta y, entre ellas, la falta de información que el gobierno argentino estaba obligado a producir respecto a dicho programa. Ello permitió poner en marcha el Panel de Inspección del Banco Mundial y ejercer suficiente presión por canales institucionales internacionales sobre planes de

protección social y programas de beneficencia forzando a una protección de los derechos en juego y en particular al de contar y acceder a información.

Es de esperar que en el futuro los tratados de integración en los que nuestro país sea parte contemplen un reconocimiento expreso de este derecho pero también un sistema de justicia supranacional de aplicación directa en el derecho interno para que, en el caso que no se impulse su vigencia, la interpretación legal la haga un tribunal supranacional.

## 8. El dictado de un acto disponiendo la reserva.

Un problema frecuente es el no dictado de un acto administrativo que disponga expresamente la reserva. O encontrar que es también secreto aquél que resuelve que cierta información lo sea, con lo que la Administración mantiene reservada no solo la documentación sino la resolución a través de la cual se dispone que alguna cuestión ha sido incluida dentro de esta categoría.

La reserva no puede resolverse *de hecho*.

Ello constituye una dificultad adicional. Sin embargo, una cosa es la naturaleza o el tipo de información o documentación que se declarará reservada y otra es el secreto sobre que ella existe y la consiguiente ausencia de publicidad del acto a través del cual se declara el secreto. Así, por ejemplo, admitiendo que puede ser secreto el destino de fondos aplicados a actividades específicas de inteligencia, lo que excepcionalmente podría ser aceptado, no pueden serlo los actos a través de los cuales se asignan fondos para dichas actividades.

¿Pueden darse situaciones que deben ser mantenidas en secreto absoluto por la Administración respecto de los particulares y por lo tanto no puede conocerse siquiera el acto que dispone la reserva? Entendemos que no, pues los actos administrativos que declaren que determinada información es secreta deben poder ser sometidos al

control de legalidad y razonabilidad, por parte del Poder Judicial o al control parlamentario. Por lo demás, si se da a publicidad el acto y las razones que fundan la clasificación de reserva de determinada información, puede solicitarse en cualquier momento su desclasificación frente a la desaparición de dichas razones.

El acto que se dicte debe también establecer un tiempo para la reserva. De lo contrario nos hallaríamos frente a un sigilo eterno en el que el secreto o la restricción carecerían de sustento fáctico. Desaparecidas las razones que justifiquen declarar reservada una documentación o información, debe restablecerse el derecho. Examinada la excepción a la luz de las circunstancias de hecho que la sostienen, si ellas mudan debe caer la reserva pues de lo contrario esta devendría como irrazonable por inconstitucionalidad sobreviniente.

Por ello resulta importante que se dicte en cada caso un acto administrativo y que de él surjan expresamente las circunstancias que imponen la restricción<sup>24</sup>, por lo que superados los hechos invocados, se debe restablecer la publicidad<sup>25</sup>. Cuestiones que hace veinte años eran secretos militares —como pueden ser los relevamientos satelitales o el uso de la red GPS—, hoy son parte de la vida cotidiana del ciudadano común.

<sup>24</sup> En los EE. UU., terminada la Segunda Guerra Mundial no tenía sentido mantener los secretos vinculados a la CIA y su relación con los criminales de guerra nazis y por ello se desclasificó información declarada como secreta durante el conflicto. En el mismo país comenzó también a darse a publicidad documentación hasta hace poco secreta sobre la administración Bush y al-Qaeda o las relaciones del gobierno americano con Saddam Hussein. Desaparecidas las circunstancias de hecho que justificaran acudir a este remedio excepcional, debía levantarse el secreto.

<sup>25</sup> Un caso curioso se presentó cuando se desclasificó en los EE. UU. información reservada por el gobierno de dicho país y se pusieron en evidencia otros alcances al momento de aplicar estos principios. Solo cuando se dieron a conocer documentos vinculados a información obrante en el Departamento de Estado sobre Chile pudieron determinarse las relaciones de dicho gobierno con diversos regímenes militares de Latinoamérica. Se verificó también que ciertos documentos reservados invocando razones de seguridad del país se vinculaban, por ejemplo, con los gustos alcohólicos de Pinochet en materia de whisky y pisco sour.

Seguramente el tiempo de la reserva dependerá también del siempre necesario ejercicio de pensar el mismo tema en diferentes tiempos y resolverlo conforme las circunstancias y los valores en juego en distintos momentos.

Es frecuente que el acto que clasifica determinada información como reservada no indique la fecha o el hecho a partir del cual se desclasificará, ni que se consignen las razones que fundamentan la clasificación o si parte de dicha documentación queda disponible para acceso al público ni que se cumplan para su dictado con todos los requisitos exigibles para cualquier acto administrativo, siguiendo un procedimiento administrativo previo e incluyendo el dictamen del servicio



Ninguna materia posee *ontológicamente* una clasificación intrínseca de secreta. Se requiere siempre, como se mencionara en el apartado anterior, el dictado de un acto administrativo expreso de clasificación, debidamente fundado y con todos los requisitos que hacen a su validez y con eficacia frente a terceros (publicidad).

El control sobre la legitimidad de una interpretación restrictiva pasa, a veces, por verificar las razones que inducen a no brindar información. La denegatoria requiere siempre de una motivación suficiente y adecuada. Exigir que se consignen los fundamentos de cualquier denegatoria constituye un modo eficaz de avanzar en el control al que antes nos referimos.

Con esto dejamos planteada una cuestión a nuestro juicio esencial y que constituye un obstáculo adicional para la vigencia del derecho. No son pocos los casos en que se deniega el derecho a la información, limitándose para hacerlo a solo invocar alguna previsión normativa, que prevé alguna excepción. Pese a que tal práctica es generalizada, no resulta suficiente ni legítimo limitarse a citar *in abstracto* que cierta norma autoriza a disponer una denegatoria en ciertas materias, la que necesariamente solo contemplará situaciones genéricas de excepción. Si el acto de aplicación de la ley corresponde a la Administración y es esta la que resuelve en cada caso particular si alguna información debe permanecer reservada para cumplir con el objetivo fijado por la ley, se requiere que se mencione expresamente por qué se lo hace y ello a través de la motivación del acto de reserva, donde deberán consignarse las razones por las que la información no estará disponible.

jurídico permanente tal como lo establece el Artículo 7° apartado d) del Decreto Ley N° 19.549/1972 o su similar en el ámbito local.

La reserva no puede tampoco disponerse a través de un mero dictamen o resolución de autoridad incompetente. Le corresponde hacerlo, conforme los principios generales en la materia, a la máxima de cada jurisdicción. En la realidad, quien dispone la reserva es quien en el fondo tiene el poder de limitar la extensión del derecho. Es el que crea el derecho o lo niega. De allí la importancia de esta cuestión. Debe haber funcionarios precisos, y no autores desconocidos, los que se responsabilicen de proponer la reserva y fundar las razones que tienen para hacerlo.

## 9. La frecuente ausencia de motivación.

De lo contrario, bajo el amparo de una finalidad contemplada por una ley, podría llegar a clasificarse información como reservada o secreta que frecuentemente no lo sea invocando solo supuestos genéricos de seguridad, inteligencia, defensa, protección de datos personales, etc.

En conclusión, no puede pretenderse motivar la denegatoria, como con frecuencia se hace, consignando que la información está reservada por razones solo enunciadas por una ley o que la situación encuadra en algunas de las categorías mencionadas por una norma. Se convierte ello en una invocación dogmática de alguna causal prevista como habilitante, sin dar razón alguna sobre los hechos concretos aplicables al caso o la finalidad en él perseguida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó ese tipo de fundamentos, a través del pronunciamiento recaído en la causa “Argüello”<sup>26</sup>, cuando se pretendió denegar la residencia a un extranjero fundando tal negativa en supuestas razones de seguridad interior y defensa nacional según documentación que era secreta y reservada. En el caso se le informaba al interesado el motivo por el que no se hacía lugar a su petición, pero no se le exhibía la documentación que lo probaba. El Máximo Tribunal determinó que ello impedía utilizar la documentación secreta como fundamento de acto alguno e invalidó tal decisorio.

Una cuestión interesante surge cuando se menciona como única motivación para denegar información que la documentación se encuentra en poder de organismos de seguridad, cuyos registros no están abiertos al público.

<sup>26</sup>CSJN, Fallos: 268-393.



Ello no es suficiente. Un interesante precedente lo constituyó en ese sentido la sentencia recaída en el caso “Ganora”,<sup>27</sup>. El actor se veía imposibilitado de acceder a información y documentación a él vinculada que obraba en organismos de seguridad del Estado. Se planteó si era posible que declarada como reservada para el propio involucrado información archivada en registros de organismos de seguridad, no públicos, invocando que dicha información era, solo por eso, secreta. La Cámara había avalado la negativa de la Policía Federal a acceder a información vinculada con la existencia o no de la fotografía de un sospechoso que obraba en registros de dicha repartición.

Para resolver si esa documentación era legítimamente confidencial el Máximo Tribunal apeló al principio de publicidad protegido por el Artículo 43 párrafo 3 CN. Cuando se trata de información referida a una persona, esta tiene derecho a acceder a ella, aun cuando sea reservada, si obra en registros o bancos de datos del Estado, aunque no sean de libre acceso público. La CSJN estableció como principio que *la obtención de información sobre datos personales obrantes en los organismos y fuerzas de seguridad halla adecuación legal en la acción de hábeas data, sin perjuicio de que el suministro de esa información pueda, eventualmente, afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal, cuestión que en cada caso deberá ser invocada por el titular de la respectiva institución.*

Pero reiteró asimismo un criterio que, no por poco conocido y aplicado en el ámbito del derecho administrativo, sirve de freno al ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración: no resulta suficiente con solo invocar razones de seguridad por ser ello una afirmación dogmática y consiguientemente irrazonable no sustentada en los hechos<sup>28</sup>.

En el considerando 9 del voto del Dr. Bossert surge la auténtica y única interpretación posible: *la referencia a “obvias razones de seguridad pública”, así como el alcance que dio el juez de instrucción al concepto de “datos públicos” para rechazar el pedido “sub examine”, constituyeron meras afirmaciones dogmáticas, insuficientes*

<sup>27</sup> CSJN, Fallos: 322:2139; “Ganora, Mario F. y Magrini, Rosalía L. s/ hábeas data”, CS, 16-9-1999. La Ley, 1-3-2000.

<sup>28</sup> En tal precedente el Superior Tribunal recordó diversos sistemas normativos que se han ocupado en encontrar un equilibrio entre los principios de seguridad pública y el de transparencia, mencionando así la Freedom of Information Act de 1966 reformada en 1986 (el texto completo de dicha ley puede consultarse en [www.law.cornell.edu](http://www.law.cornell.edu)). Para información relacionada con la misma ley (FOIA) en los EE. UU. ver [www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov); la Ley N° 78-17, del 6 de enero de 1978 en Francia o el Artículo 105, ap. b) de la Constitución Española y la Ley Orgánica N° 5/1992 del mismo país.

*para fundamentar la negativa. Lo mismo cabe señalar respecto del aserto de la Cámara de Apelaciones acerca de la improcedencia de la petición sobre la base de una falta de caracterización del relato de los hechos de los actores. En uno y otro caso lo resuelto no tuvo apoyo alguno en las circunstancias de la causa, así como tampoco se invocó ningún presupuesto normativo que pudiera dar lugar a tales argumentaciones.*

Si toda denegatoria constituye una restricción al principio general se requiere siempre acto fundado para hacerlo *ya que el principio que rige en nuestro régimen republicano es el de la publicidad de todos los actos del Estado.* Dar a conocer los motivos de la reserva permite conocer y valorar las razones excepcionales que fundan la negativa a dar información.

Cabe recordar también el fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica en “United States v/ Nixon” (418 US, 683, 1974), donde dicho Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la negativa del Presidente de ese país a remitir a un tribunal penal diversa documentación que consideraba secreta, basada en la inmunidad derivada del ejercicio de sus funciones. El mencionado tribunal rechazó la pretensión de Nixon, con sustento en que no se trataba de la necesidad de proteger secretos militares, diplomáticos o que hicieran a la seguridad nacional y manifestó que la norma constitucional que enumera los poderes presidenciales no otorga un privilegio absoluto de confidencialidad contra un requerimiento que resulta esencial para una investigación penal, si solo se expresa en forma abstracta un interés público generalizado en la confidencialidad de diálogos que no versan sobre temas militares, diplomáticos, etc.

En definitiva, que no basta con invocar las excepciones. Para denegar un pedido a través del cual se pretende ejercer el derecho de libre acceso a la información es necesario explicar, en el caso concreto, las razones precisas que justifican la procedencia de alguna excepción legalmente prevista, consignando los motivos por los cuales el acceso a dicha información podría poner en peligro bienes jurídicos tutelados por alguna norma de jerarquía legal<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Como se expresara en el Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, debe adoptarse una decisión escrita, debidamente fundamentada, que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar información en el caso concreto. Tal documento agrega que la decisión a través de la cual no se permita el libre acceso a información debe contar con los motivos y los fundamentos legales que permiten la restricción. Todo ello en la misma línea que lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso “Claude Reyes”, donde dicho Tribunal expresó que era necesario explicar cuál era la razón por la cual no se debía liberar cierta información. En el mismo orden de ideas, el Artículo 13 del Reglamento de Libre Acceso a la Información aprobado por Decreto N° 1.172/2003 establece que la denegatoria requiere acto fundado.



La inexistencia de normas específicas que contemplen un procedimiento particular para clasificar información como reservada constituye otra dificultad adicional para ejercer un adecuado control respecto a cualquier denegatoria de información.

Si la Administración debe dictar un acto administrativo expreso que declare que una cuestión, documentación concreta o información no es de libre acceso al público, debe hacerlo cumpliendo previamente con un procedimiento específico.

Si bien la modalidad de enumerar supuestos que habilitan el secreto es la más extendida, la posibilidad de ejercer el derecho dependerá casi totalmente del grado de precisión



¿Quiénes son parte interesada para pedir y obtener información? Si consideramos que se trata de un derecho autónomo y, además, necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (como el de libre expresión, participación, control, defensa en juicio, garantía al debido proceso, justicia, etc.), cualquier persona está legitimada para pedir documentación en poder de la Administración y, en caso de denegatoria tácita o expresa, acudir al Poder Judicial para que se le restituya tal derecho. Se trata de un supuesto más de defensa de un derecho de incidencia colectiva. Así lo reconocen las normas que regulan la cuestión y los principios internacionales.

No pretendemos ser utópicos ni ingenuos. Se avanza lentamente en este sentido. Se reconoce la titularidad del derecho en cabeza de la persona directamente afectada o titular del derecho subjetivo, pero con algunas limitaciones que en ocasiones debe enderezar la Justicia. En el caso del representante de usuarios y consumidores ante la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos (reconocido y designado por el Ministerio de Economía) ante la denegatoria a su pedido de información, este debió acudir a la Justicia –a través de una medida cautelar autosatisfactiva– para que se le garantice y suministre el acceso suficiente y equitativo a aquélla. Los tribunales restablecieron el derecho en la inteligencia, entre otros argumentos considerados, que se había violado el derecho a la

## 10. Falta de un procedimiento previo para disponer la reserva.

con que se describa la información que puede denegarse. Dado que en la práctica es casi imposible evitar una mediana indeterminación en esa descripción, si se establece un procedimiento específico y exigente que conduzca a la determinación del secreto ello permitiría contar con ciertas vallas eficaces frente a posibles ilegítimos intentos denegatorios.

Existiría, así, no solo una enumeración precisa del tipo de información que se le autoriza al Estado a no brindar sino también un procedimiento particular que en cada caso debe adoptarse para disponer la reserva, además del general que impone, entre otros recaudos, la obligación de contar con dictamen del servicio jurídico permanente.

## 11. Legitimaciones y no necesidad de alegar motivos.

información reconocido en el caso específico por el Artículo 42 de la CN.

En todo caso, es la sociedad misma la que tiene el irrenunciable derecho a saber y el derecho a conocer la verdad, como lo dijera en su oportunidad la Comisión Interamericana.

Idéntico criterio adoptó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) a través de la sentencia dictada en la causa “Tiscornia”, haciendo suyos los argumentos de la CSJN, quien había reconocido el derecho a la información como de naturaleza social, a través del cual se garantiza a toda persona el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos.

El fallo dictado en la causa N° 17.524/03, “CPACF c/ EN-PEN – Procuración del Tesoro de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”, muestra también las dificultades que suelen presentarse en esta materia en relación con el aspecto aquí considerado. Una de las razones invocadas por la Administración, para no brindar información a la entidad actora, se vinculó con su presunta falta de legitimación para formular el pedido. Fue la Justicia quien efectuó la interpretación amplia antes expuesta que como criterio general rige en esta materia.

La cuestión no ha sido resuelta siempre en el mismo sentido. Así la Sala 4ª de la CNACAF resolvió que la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia carecía de

legitimación en un amparo por mora que dicha asociación había interpuesto para que se le brindara información respecto al trámite que se hubiera dado a pedidos de líneas telefónicas efectuados por ciertos vecinos. Cabe señalar que el pedido de acceso y el amparo interpuesto luego por la actora frente a la denegatoria, lo había sido en los términos del Artículo 14 del Anexo VII del Decreto N° 1.172/2003.

Del mismo modo, en relación con la legitimación de varios concejales de un municipio que solicitaron al Intendente información sobre los documentos respaldatorios de los estados contables y financieros correspondientes a un ejercicio económico ya cerrado, el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de Mercedes rechazó *in limine* la acción denegando legitimación a los actores por entender que la relación sustancial era de naturaleza política y que por tanto no eran los concejales en forma individual sino el Concejo como cuerpo el competente para examinar la aludida rendición de cuentas. Se resolvió allí que *no siendo los actores entonces los titulares de la relación sustantiva en forma individual –ni habiendo invocado ni probado la representación del Concejo Deliberante como cuerpo–, no poseen la legitimación necesaria para ejercitar procesalmente la pretensión objeto de la presente litis.*

Otro interesante precedente, en este aspecto, lo constituyó el fallo dictado por la CNACAF en el que el Tribunal resolvió que vulneraba el derecho al debido proceso la circunstancia de que la prestataria de un servicio público no pudiera acceder a información o tomar vista de las actuaciones seguidas por el Defensor del Pueblo, una vez que este dictara su pronunciamiento. Frente a la pretensión de la actora de acceder a información obrante en actuaciones administrativas, incluso la sentencia de Primera Instancia no le había reconocido a la actora legitimación activa para hacerlo, resolviéndose que no revestía el carácter de parte interesada pues no era *un particular comprometido en el trámite de un procedimiento administrativo*. La sentencia de Cámara revocó tal decisorio e interpretó, por el contrario, que era principio esencial e insoslayable, en todo sistema republicano, el de la publicidad de los actos de gobierno. En virtud de aquél, concluyó que el acceso a las actuaciones no podía ser negado aún cuando el interesado hubiera resultado sujeto pasivo de una advertencia. Ello toda vez que *en el caso de que la actora no pudiese tomar vista de las referidas actuaciones, una vez pronunciado el órgano de control en definitiva, se estaría vulnerando su derecho al debido proceso legal.* Y

ello sin perjuicio de que las decisiones adoptadas por el Defensor del Pueblo no hicieran cosa juzgada o no constituyeran resoluciones administrativas o sentencias.

Fue una vez más el Poder Judicial, como se observa, el que con tal interpretación resolvió la cuestión fijando así principios liminares en materia de legitimaciones activas para acceder a la información, no reconocidos por la Administración.

En un interesante caso donde se reconoció jurisprudencialmente la amplia y plena vigencia del derecho de libre acceso a la información y se puso de manifiesto la necesidad de respetar el principio de publicidad de los actos de gobierno ordenando que se brindara información producida por el Senado de la Nación a una organización no gubernamental, el fallo dictado en la causa hizo mención –entre otros argumentos– a los objetivos institucionales de la actora conforme lo contemplado en sus normas estatutarias. Al respecto se señaló que la fundación actora se hallaba *dotada de un derecho a la información a tenor de los propósitos, finalidades o competencias que posee*. Sin perjuicio que ello era cierto podría desprenderse que influyó en el decisorio el hecho de que existía un interés calificado en tanto la posibilidad de acceder a dicha información se reconocía como consecuencia de los cometidos específicos de la actora. Como puede observarse, con todo lo valiosa que ha sido dicha resolución judicial, tal argumento podría constituir una restricción en materia de legitimaciones activas, toda vez que el titular del derecho es toda persona, independientemente de algún interés específico calificado que pudiere tener de los objetivos estatutarios de quien lo pide o de la razón o finalidad que origine el pedido. Cualquier condicionamiento o acotamiento respecto a la titularidad del derecho menoscabaría el principio de amplia legitimación activa necesario para el ejercicio amplio y pleno de este derecho.

Cabe mencionar que no hace falta tampoco alegar el motivo por el que se solicita información en tanto es este un derecho autónomo, independiente, no utilitario, por lo que no existe necesidad de invocar la existencia de un derecho subjetivo, más allá del vinculado al de tener información pública.

Una vía indirecta de cercenar el derecho al requirente es pedirle que exprese el motivo o las razones de su pedido. Si la solicitud de información se presume motivada desde que la persona tiene el derecho reconocido por la Constitución Nacional, no puede quedar librado a la discrecionalidad de un funcionario resolver si la razón es o no válida. Por otra parte, debe protegerse la identidad del

requirente, pues poco importa quién o para qué se pide información. La expresión del motivo de la solicitud, con todo, no tiene que estar prohibida. Puede ser recomendable para que el interesado, en ciertas oportunidades, pueda precisar el objeto del pedido a fin de facilitar y precisar la búsqueda. En suma, la expresión



Por mejor buena voluntad que tenga un funcionario público para dar información, con frecuencia podrá encontrar razones o excusas –reales o no– para retacearla o denegarla.

Una de ellas puede ser el potencial conflicto que se le puede presentar, al menos en teoría, entre cumplir con el deber de silencio que le impone el Artículo 23 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público (Ley N° 25.164) de *guardar la discreción correspondiente o la reserva absoluta, en su caso, de todo asunto del servicio que así lo requiera, en función de su naturaleza o de instrucciones específicas, con independencia de lo que establezcan las disposiciones vigentes en materia de secreto o reserva administrativa* y la obligación de informar.

La norma es a nuestro juicio inconstitucional en tanto viola el derecho de libre acceso a la información pública. No podría afirmarse –como lo ha hecho alguna doctrina italiana o española– que el deber se vincula solo con la discreción personal exigible a un funcionario independientemente del contenido de la información, toda vez que la norma exige la *reserva absoluta* de todo asunto del servicio, dejando librado a una amplia discrecionalidad determinar el tipo de información de que se trate ampliando, casi ilimitadamente, los supuestos excepcionales de información reservada que



No he pretendido aquí sacar conclusiones definitivas, exponer verdades indiscutibles o efectuar pronósticos agoreros. Tan solo mostrar algo así como lo que von Ihering planteaba respecto a la necesaria lucha por el derecho. Como sucede siempre, el derecho de libre acceso a la información hay que obtenerlo. Mediante intentos reiterados, persistentes, constantes y decididos. Conociendo qué posibles obstáculos, debilidades o limitaciones existen, para poder superarlos. Recorriendo caminos que no tienen certezas absolutas sino más bien

del motivo no puede exigirse, pero tampoco prohibirse. Quedará a criterio del solicitante evaluar cuánto pierde y cuánto gana manifestando las razones por las que solicita la información. Sí está claro, sin embargo, que nunca se podrá denegar la información por omitirse en el pedido expresar el propósito o la finalidad que mueve a formular el pedido.

## 12. El conflicto del funcionario entre el deber de sigilo y el deber de dar información.

podrían haber sido legalmente autorizados, pues tal deber de secreto se establece en forma expresa independientemente de lo que establezcan dichas normas. En situaciones similares a la aquí expuesta, algunas legislaciones se han ocupado de señalar que el deber se impone en el marco de las disposiciones en materia de secreto o dejando a salvo que no se incumple el deber cuando la información se efectúa de conformidad a las normas vinculadas al derecho de acceso. La nuestra no lo hace.

La aludida previsión si no termina por disuadir a cualquier funcionario de cumplir con su obligación de permitir el libre acceso, al menos le envía una señal desalentadora que en nada sirve como incentivo para cumplir con la obligación de brindar información. Entendemos que de llegar la cuestión a la Justicia no se vacilará en declarar la inconstitucionalidad de tal previsión la que, indirectamente, introduce –sea o no el propósito expreso de la norma– un supuesto de información secreta o reservada sin causal de excepción taxativamente dispuesta en forma previa y sin haberse seguido procedimiento que permitiera calificarla como tal. La mencionada ley marco introduce así en el derecho positivo argentino un supuesto de confidencialidad por vía indirecta al prohibir al funcionario la difusión de información.

## 13. Aportes para un debate.

dudas y cuestionamientos. Incluso sobre las cuestiones aquí mencionadas, tal como éstas han sido precedentemente expuestas.

Pretenden pues estas reflexiones ser solo un aporte para un debate, el que debe siempre quedar abierto.

Resta mencionar, finalmente, a un actor que no puede quedar afuera: la sociedad en su conjunto, la que no ha mostrado –salvo ejemplares excepciones– un interés sostenido por impulsar el ejercicio de este derecho, por promoverlo o por utilizarlo. Si está en manos de la

Administración hacer efectivo el derecho de acceso a la información le cabe también a la sociedad la obligación de impulsarlo, de hacerlo mover.

Una mayor apertura de información no es solo responsabilidad de una buena gestión de gobierno, aunque mucho depende de este. Si la sociedad tiene el derecho básico a saber tiene también el compromiso de contribuir a la lucha por este derecho a través de un

ejercicio activo y responsable. Esa responsabilidad le cabe, entre otros, a los medios periodísticos, a las asociaciones profesionales, a la universidad, a los académicos, al Congreso y por cierto también a los jueces. Porque todos crean el derecho a la información al movilizar al sistema para que este funcione. Tal vez esta sea la conclusión, respecto a este tema, sobre la que tengo mayor grado de certeza. 

*Responsable:***Dra. Melania Alonso**

## Bibliografía sugerida.

- AA VV,** **“Mecanismo de controle interno e sua matriz constitucional. Um diálogo entre Brazil y Argentina”.** **Primera Parte. Controle Interno no Brasil:** **Coordinadoras:** Dra. Miriam M. Ivanega y Cristina Fortini. **Prefácio:** Benjamin Zymler, Ed. Forum, Belo Horizonte 2012.
- Segunda Parte. Control Interno en Argentina:** “Ministério Público e controle interno- o casamento esperado”, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. “Perspectiva constitucional do controle interno”, Cristiana Fortini y Raquel Dias da Silveira. “A César o qué é de César – Contornos e perspectivas do controle interno da Administração pública”, Luciano Ferraz. “Controle interno e os convenios com as entidades do terceiro sector – Uma gestão vinculada aos precedentes administrativos”, Luis Manuel Fonseca Pires. “Controle interno e prevenção da corrupção. A experiência do governo federal brasileiro”, Márcio Almeida do Amaral y Mário Vinícius Claussen Spinelli. “A complementaridade dos controles interno e externo da Administração pública mediados pelo controle social”, Márcio Ferreira Kelles. “A Audiência pública no direito brasileiro”, Marcos Augusto Perez. “O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias”, Onofre Alves Batista Júnior. “Brasil ensaio sobre o sistema de controle interno no Brasil. Uma agenda para os próximos cinco años e a redefinição do denominado modelo de gestão 'gerencia'”, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. “Ouvidoria pública- controle social e controle interno”, Saulo Luiz Amaral.
- “La importancia del control interno y externo en el régimen municipal con especial referencia a la provincia de Buenos Aires”, Carolina Szelagowski. “El control interno como instrumento contra la corrupción”, José Roberto Sappa. “Consideraciones sobre el control de gestión de los bienes públicos”, Leonardo Massimino. “El control de las empresas públicas en la República Argentina”, María Laura Alfonso. “El control externo en la Argentina”, Miguel Terraf. “Efectividad del control en la lucha contra la corrupción”, Miriam Ivanega. “Jueces y Administraciones públicas”, Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono. “El control de los entes reguladores de servicios públicos”, Sandra Eizaguirre. “Principales lineamientos del modelo de control público estatuido en la República Argentina por la Ley N° 24.265”, Verónica Arias.

**- Actividades Académicas realizadas  
Ciclos de Talleres debate  
“Actualidad en el Derecho Público”.**

Con gran éxito por la concurrencia de asistentes, así como por la calidad de las exposiciones de los profesores que disertaron, nos complace compartir con nuestros asociados estos resultados del primer Ciclo de Talleres Debate que organizó el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad –CGPyR– conjuntamente con Ediciones Rap S.A.

Iniciaron con la presentación de los representantes de sendas organizaciones, Dres. Miriam Ivanega y Eduardo Mertehikian. El primero de los tres cursos previstos en el programa se llevó a cabo en el mes de septiembre, sobre “Procedimiento de consolidación de deudas”, a cargo de la Dra. Verónica L. Arias. El segundo, acerca de “Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales”, fue desarrollado por el Dr. Leonardo Massimino el martes 16 de octubre, y finalmente la Dra. Laura Fiore desarrolló una exposición vinculada a las “Medidas cautelares contra la Administración: Actualidad jurisprudencial del fuero contencioso administrativo federal”, el martes 13 de noviembre.

**Jornada intensiva de capacitación en  
materia de Responsabilidad del Estado.**

Tuvo lugar el pasado 4 de diciembre, con la organización de nuestro Centro y el auspicio de Ediciones Rap. Estuvo a cargo de los profesores Miriam M. Ivanega y del Dr. Eduardo Mertehikian, quienes abordaron la temática desde la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado.

**- Próximas Actividades Académicas:  
V Congresso Brasileiro de Controle Público:  
Trasparencia, Eficiencia y Gobernanca.**

Organizado por el Instituto Brasileiro de Derecho Público. Fecha: 10 y 11 de diciembre de 2012. Brasilia, Brasil. Informes: [latosensu@latosensu.com.br](mailto:latosensu@latosensu.com.br) / [direitoestado.com.br](http://direitoestado.com.br).

**- Programa de Becas en la Argentina y en el exterior:  
Programa Regular de la Organización de Estados  
Americanos para Becas Académicas:**

Destinado a graduados de algunos de los países de la OEA para realizar estudios de posgrado e investigación en otro país miembro: la próxima convocatoria para el ciclo lectivo 2014-2015 comienza en el mes de diciembre de 2012. Para más información dirigirse a [http://www.oas.org/es/becas/programa\\_regular.asp](http://www.oas.org/es/becas/programa_regular.asp).

**Becas Fulbright:**

Destinadas a la capacitación de graduados universitarios mediante la realización de maestrías o doctorados en EE.UU. Para más información dirigirse a: <http://fulbright.edu.ar/becas/para-graduados/>.

**Programa de Formación de Becas de Fundación Carolina:**

Para realizar estudios de posgrado en España dirigidos a nacionales de algunos de los países de Iberoamérica. Para más información: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/becas/postgrado/presentacion/Paginas/presentacion.aspx>.

**Convocatoria - Programa de movilidad académica internacional (PROMAI):**

Para docentes e investigadores de todas las Facultades que deseen participar del Programa, el cual financia total o parcialmente movilidades derivadas de convenios de cooperación con instituciones académicas extranjeras. La convocatoria se encuentra abierta durante todo el año 2012 sin fecha de vencimiento. Para más información: [http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2011\\_convocatoria-promai.php](http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2011_convocatoria-promai.php). 