

LA LEY

Suplemento Administrativo N.º 2 | 2025

Directores

Francisco Javier Ferrer

Nicolás Diana

Desregulación, privatizaciones y derecho administrativo

ISSN: 2250-432X



**Thomson
Reuters™**

ISSN: 2250-432X

Todos los derechos reservados

© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción

Tucumán 1471 (C1050AAC)

laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO-UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires-Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Desregulación, privatizaciones y derecho administrativo

Autores

Sofía Nélide Albanese

Nicolás Bonina

Guillermo Ciserchia

Federico M. Egea

Julio C. Fonrouge Echagüe

Pablo Á. Gutiérrez Colantuono

Juan Bautista Justo

José Ignacio López

Leonardo Massimino

Leandro G. Salgan Ruiz

Ana Salvatelli

Patricio M. E. Sammartino

Gabriela Andrea Stortoni

Juan Antonio Stupenengo

COMITÉ ACADÉMICO

Esteban Bogut Salcedo
Nicolás Bonina
Marcelo Adrián Bruno dos Santos
Darío Gabriel Ciminelli
Federico Egea
Pablo A. Gutiérrez Colantuono
Gonzalo S. Kodelia
Karina Prieto †
Guillermo Rizzi
Lucía M. Rozenberg
Fabio Sánchez
Mariana Urdampilleta
Anabella Valle Ruidiaz
Valeria Viltes
Jimena Zicavo

COMITÉ DE REDACCIÓN

Director editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editor

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Analista de jurisprudencia

Gisela Cosenza Salort

Diseñadoras editoriales

Ileana Campagno Pizarro
Daiana Cesia Gonzalez
Florencia Moreira

Correctora

María Alejandra Mayoral

ÍNDICE

Desregulación

Democracia, regulación, desregulación, autorregulación y derechos humanos <i>Pablo Á. Gutiérrez Colantuono</i>	7
La regulación como garantía de equidad. En homenaje al Prof. Agustín Gordillo <i>Gabriela Andrea Stortoni</i>	20
La desregulación como técnica de intervención pública <i>Leonardo Massimino</i>	37
Estado, regulación e innovación. Una visión schumpeteriana sobre por qué la regulación debe promover la innovación <i>Nicolás Bonina</i>	48
Desafíos regulatorios de la inteligencia artificial. Un breve análisis sobre la regulación de la IA Generativa en la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires <i>Guillermo Ciserchia</i>	54
Desregulación normativa, reforma del Estado y empleo público <i>Leandro G. Salgan Ruiz</i>	69
La desregularización en el sector de hidrocarburos. Primera parte <i>Julio C. Fonrouge Echagüe</i>	84

Privatizaciones

Los procesos de privatización frente al deber de fomento y protección de derechos humanos <i>Federico M. Egea - Juan Bautista Justo</i>	91
El rol de la Auditoría General de la Nación frente al proceso privatizador impulsado por la Ley de Bases: anticiparse al desafío <i>Ana Salvatelli</i>	96

La concesión de servicio público tras la Ley de Bases <i>Juan Antonio Stupenengo</i>	119
---	-----

Derecho administrativo y control judicial

El amparo en la LNPA (reformada) y sus implicaciones procesales y materiales <i>Patricio M. E. Sammartino</i>	139
El control judicial sobre el DNU 70/2023 <i>José Ignacio López</i>	154
La herida abierta de los derechos sociales: ¿el activismo judicial la puede suturar? <i>Sofía Nélica Albanese</i>	164

Desregulación

Democracia, regulación, desregulación, autorregulación y derechos humanos ^(*)

Pablo Á. Gutiérrez Colantuono ^()**

Sumario: I. Globalización.— II. Estado prestador, regulador, garante.— III. Nuevas perspectivas regulatorias.— IV. Deber de intervenir desde los derechos humanos.— V. Democracia, regulación, desregulación y autorregulación.— VI. La equidad intergeneracional.— VII. Prevención y regulación.

I. Globalización

El derecho público posee un importante rol en aportar nuevas herramientas ante las constantes y cambiantes interpelaciones de la ciudadanía **(1)**.

Parte de tal interpelación es adecuar las herramientas propias del derecho administrativo a las nuevas realidades. Es claro que los modelos de

gobierno pueden ser múltiples y variados, pero todos debieran diseñarse como reflejo de las interpelaciones ciudadanas **(2)**. Uno de los aspectos quizás central sea la manera en que se construye la decisión, aspecto en el cual el procedimiento administrativo constitutivo de dicha decisión aparece en los actuales tiempos como central. El énfasis está puesto no tan solo en la capacidad de dar respuestas, si no en cómo estas son dadas en base a características que se han consolidado en los sistemas internos (acceso a la información, transparencia, participación, motivación razonable de las decisiones, rendición de cuentas, debido proceso, control judicial de las decisiones, entre otras). Características estas que permean los

(*) Versión ahora modificada y ampliada de ponencia presentada por ante el Foro Internacional de Derecho Administrativo (FIDA) Costa Rica, 2025.

(**) Doctor en Derecho (Universidad de la Coruña). Director de la carrera de Especialización en Derecho Administrativo y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue.

(1) Enseña Cassese "(...) no se puede entender la Administración... si no se estudia la cultura administrativa de un país y sus valores cívicos (...) La siguiente tarea para los investigadores del Derecho Administrativo será volver a integrar la sociedad y la política en el estudio de la Administración, analizando los numerosos vínculos y conexiones entre la sociedad y las administraciones, en lo que la política suele actuar de intermediario". CASSESE, S. "Derecho Administrativo: historia y futuro", Ed. INAP, Sevilla, 2014, p. 455.

(2) "Pues bien, una de las claves hermenéuticas para conducir el desafío presente reside en abrirse más a la ciudadanía y menos a los sistemas y procedimientos. Los protagonistas son las personas, los protagonistas son los ciudadanos concretos y la organización tiene que estar atendiendo continuamente los problemas, las dificultades, los anhelos, los intereses colectivos de esas personas"; RODRÍGUEZ-ARANA, J. "Sobre la buena administración en los entornos digitales (Nuevas tecnologías, inteligencia artificial y Estado de derecho)", en Anuario Iberoamericano sobre Buena Administración, Año 2023, Número 3/5, IJ-IV-DCCLXXXIII-902.

mecanismos y burocracias también más allá del Estado y del sector público (3).

El impacto de la interdependencia global (en sus variados aspectos económicos, financieros, tecnológicos, entre otros) en el derecho administrativo nos ocupa la atención hace ya un tiempo. En especial la competencia estatal regulatoria (que incluye no tan solo el aspecto normativo) efectivas y eficaces sobre los efectos de los múltiples aspectos de la globalización que se proyectan internamente. Es aquella regulación que emerge más allá del Estado y de cuyo estudio el derecho administrativo global, en parte, se encarga. Aunque, ciertamente, el fenómeno de la globalización es mucho mayor a las propias dimensiones que se proponen desde allí y del propio derecho en general.

Cierto es que la globalización surge fundamentalmente por razones económicas y de “seguridad” principalmente, para avanzar luego en múltiples agendas (políticas, de gobernanza, laborales, ambientales, tecnológicas, desarrollo, salud, hábitat, migrantes, pueblos indígenas, de entre tantas otras). Es el derecho el que en paralelo intenta buscar las reglas de esa dimensión gestada más allá de los Estados, pero en que estos se integran produciendo y aplicando la regulación global al tiempo que se integran directa o indirectamente en la propia burocracia global (4).

(3) “...cabe definir al Derecho Administrativo Global como el conjunto de instrumentos, principios, prácticas y concepciones sociales, que promueven, o influyen en, la rendición de cuentas y en la supervisión...de las organizaciones administrativas que se sitúan en el plano global, a través, primero, del cumplimiento de estándares adecuados, tales como la transparencia, la participación, la motivación de las decisiones, y el principio de legalidad; y, segundo, mediante el efectivo control y revisión de las decisiones que tales organizaciones adoptan” (KINGSBURY, Benedict — STEWART, Richard B., “Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación”, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016, p. 90). Por su parte Gordillo afirma la creciente existencia “...de un derecho administrativo internacional y de organismos internacionales que aplican un derecho público que por supuesto no es local ni tampoco derecho internacional público entre Estados. El fenómeno ha ido creciendo y haciéndose cada vez más evidente, con múltiples tribunales administrativos internacionales en casi todo el mundo y lo que ya se da en llamar un derecho administrativo global” (GORDILLO, Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, separta, XXII-28, www.gordillo.com).

(4) Cassese explica siguiendo a Stiglitz que la globalización económica se ha desarrollado más rápido que la

Es en tal contexto que determinadas características propias del escenario local como la deslocalización y la escala temporal diversa son objeto de estudio por parte del derecho. Con efectos directos en las competencias públicas, los derechos, las libertades y las garantías, aparecen nuevos contenidos sustanciales y procedimentales en el derecho administrativo (5).

No se trata aquí solamente de la ya conocida pérdida del monopolio estatal en la producción e interpretación normativa a manos de centros plurales de producción, interpretación y aplicación normativa. Ni tampoco de la pérdida del monopolio en la gestión del interés público por la autoridad interna y estatal. Intereses públicos (en plural, ya no en singular) gestionados ya hace tiempo por una multiplicidad de actores tanto públicos como privados e internos como externos. El derecho observa el fenómeno, lo estudia, lo analiza, lo interpreta para luego encontrar las reglas que mejor lo expresen y contengan. Con sus más y sus menos (6).

política, luego le han seguido, entre otras la jurídica (CASSESE, “El Derecho Global, justicia y democracia más allá del Estado”, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, p. 57).

(5) Tal como indica Piñar Mañas “... Las nuevas tecnologías permiten relaciones directas y bidireccionales entre la Administración y los ciudadanos al margen de la localización territorial de estos. Y no solo de estos, sino también de la propia Administración...”. Para luego afirmar: “En realidad, al hablar de la relación entre las nuevas tecnologías y la Administración (así como del Derecho Administrativo) nos situamos nada más y nada menos que en el debate entre derecho y técnica. Debate que no es nuevo, pero que tiene ahora (o debe tener) características diferentes, pues se ha llegado a cuestionar la posición de regulador o regulado, tanto del derecho como de la técnica. ¿Quién regula a quién? ¿Quién es el regulador y quién es el regulado? ¿Está la técnica al servicio del derecho o este al servicio de aquella?” PIÑAR MAÑAS, J. L., “Revolución tecnológica y nueva Administración”, en obra colectiva Administración electrónica y ciudadanos, Pinar Mañas director, Ed. Thompson Reuters Civitas, Navarra, 2021, ps. 33 y 27 respectivamente.

(6) “...cabría subrayar que es necesario repensar las cuestiones de justicia distributiva y de reparto de la escasez, y los instrumentos para conseguir una mayor responsabilidad y control de las administraciones globales ante aquellos que hoy se encuentran excluidos” (KINGSBURY, Benedict — STEWART, Richard B., “Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación”, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016, p. 139). En la opinión de Cassese: “La distribución de los beneficios de la globalización resulta sumamente desigual. Los países ricos y los países pobres se benefician de manera distin-

Ciertamente la contracara de todo ello pueda acaso tratarse, en parte, de aspectos de la globalización vinculados a una suerte de “imposición” de agendas, programas y contenidos con vocación normativa (es decir normativos y no normativos). Globalización a la que en gran parte los Estados se someten por mecanismos internos propios de su soberanía, aunque también es bien sabido que de no hacerlo pues el aislamiento de la comunidad internacional quizás asome en algunos aspectos de tal globalización (7). Las críticas negativas de una realidad que se ha impuesto con total evidencia no pueden nublar la vista del intérprete del derecho al punto de desconocer el fenómeno, que ante todo es una realidad que se ha impuesto. Pero tampoco las críticas en favor pueden acaso promover una suerte de invisibilidad de asimetrías e inequidades que suceden alrededor del desarrollo, el acceso a los bienes y servicios fundamentales (esenciales para el desarrollo de las personas) tanto en términos ya de Estados como de la propia humanidad. Es ello una interpelación a la ciencia social que representa el derecho la cual tiene mucho por ofrecer

ta de la globalización. Pero más importante que el reparto desigual de las ventajas de la globalización son los casos en que las políticas nacionales producen efectos globales, que terminan por sufrir los autores de esas mismas políticas nacionales” (CASSESE, “El Derecho Global, justicia y democracia más allá del Estado”, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, p. 20). Según Gordillo “Tenemos la posibilidad de soñar con realidades ya tangibles, que van dando un claro matiz de esperanza hacia el creciente orden jurídico mundial, en un mundo del cual aprovecharemos lo mejor de su derecho para nuestros países, a lo que nosotros también daremos lo mejor de lo que tenemos”. (GORDILLO, Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, separta, XXII-48 www.gordillo.com.)

(7) Explica Ferrajoli, “[l]a democracia actual está afectada de localismo y de presentismo. Así, entre en conflicto con la racionalidad y con los intereses a largo plazo de los mismos países democráticos, cuya defensa o cuya lesión dependen cada vez menos de decisiones estatales internas y cada vez más de decisiones externas, tanto de carácter político como económico”. FERRAJOLI, L. “La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional”, traducción Perfecto, A., Ed. Trotta, Madrid, 2023, p. 425. Gordillo hace tiempo cuando nos intentaba advertir sobre el Estado y sus formulaciones en el tiempo por venir afirmaba que “[l]a forma en que se concibió la Internet, como sistema de intercomunicación cuya propia arquitectura la hace susceptible de control central alguno, es también un adelanto de los tiempos por venir”, GORDILLO, A., “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, Tomo VII, Capítulo VIII, p. 109.

a una “gobernanza mundial” que se nos presenta sin unidad de mando y sectorizada. Carece ella de una constitución única y sus reglas parecen derivar de la fuerza del más fuerte (poderío económico, armamentista, entre otros) antes que aquellas construidas alrededor del Estado de derecho que se observa en los sistemas estatales internos.

Todo ello convive en un escenario caracterizado por el creciente aumento tanto sustancial como de garantía del derecho común de los derechos humanos. Con la particularidad que es esta muestra también de tal derecho global según lo hemos sostenido. Sin embargo, parece no dársele el mismo valor de impacto dentro de dicho fenómeno como el que sí tienen los aspectos tecnológicos, económicos y financieros de entre otros tantos. No es práctica frecuente cuestionar a estos últimos desde la compatibilidad con aquel en la esfera internacional, más allá que tenemos por claro que el derecho global, en gran parte, opera de manera sectorial. Las resistencias estatales internas son muchas y variadas en materia de derechos humanos, mientras que en los otros planos de la interdependencia global especialmente el económico y el tecnológico parecieran “consumirse” sin mayores resistencias.

Ahora bien, la compatibilidad entre los sistemas de derechos humanos y el orden interno no es posible ser obviada. Muy especialmente en los ordenamientos jurídicos internos que, como el argentino, han constitucionalizado determinados tratados de derechos humanos. Siempre ello dentro ya de la general compatibilidad que deben tener los distintos componentes de la globalización con el propio sistema democrático, característica consustancial a los Estados de derecho.

En este sentido, cabe recordar que el derecho común de los derechos humanos no tan solo trae consigo previsiones positivas a nivel convencional, constitucional y legal en materia de derechos y garantías. Fundamentalmente, genera una manera de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico desde la centralidad de la dignidad de las personas, los derechos que hacen a esa dignidad, las garantías, los deberes de las personas y las obligaciones estatales (con sus impactos en las relaciones del sector privado y dentro de este en las relaciones entre privados). Subyace en todo ello la persona y su dignidad como centralidad de todo el sistema normativo interno e

internacional de protección, promoción y garantía de los derechos fundamentales.

La normativización y regulación como competencias estatales no escapan a tal fenómeno. Tampoco el proceso inverso como lo es la desregulación u otros como la autorregulación y la neorregulación.

II. Estado prestador, regulador, garante

Estado prestador, garante, regulador, de la prevención de riesgos son de entre tantas otras caracterizaciones posibles de atribuir a la relación del Estado y la sociedad en los últimos tiempos. Ya no tan solo desde la perspectiva económica, sino de entre tantas otras dimensiones de las cuales el derecho administrativo ha de hacerse cargo desde su disciplina.

La prestación de servicios y la oferta de bienes considerados esenciales, fundamentales, colectivos u otras adjetivaciones empleadas vinculadas con el derecho al desarrollo de las personas y su dignidad ocupan determinada centralidad en la escena de los poderes, las libertades, los derechos y las garantías. Incluye, también, la accesibilidad a los bienes y servicios de manera tal que el acceso universal y de calidad es parte integrante del derecho al desarrollo de las personas. Bajo condiciones de igualdad y no discriminación (8).

En estos tiempos el acento, quizás, esté puesto más en estructurar mecanismos públicos o privados que garanticen una efectiva prestación de

servicios y bienes antes que anteponer miradas ideológicas de las funciones del Estado. Las necesidades de la ciudadanía desplazan, quizás, una discusión teórica hacia la necesaria articulación de mecanismos, roles y funciones acordes con la satisfacción de tales necesidades. La ciudadanía asume un rol activo y dinámico dejando atrás la pasividad. Al decir de Barnés: “Los actores o sujetos privados ya no ocuparán un modesto capítulo de un manual de derecho administrativo nacional (para referirse a los derechos de los individuos, a los derechos público-subjetivos, a los derechos de carácter procedimental, o a los recursos) y algunas referencias como simples destinatarios de la acción administrativa, como mero beneficiario. Los sujetos privados participan en la cascada regulatoria —en el sistema de fuentes— y en actividades de interés general. El sujeto privado pasará a ocupar un papel destacado, tanto en lo que hace a la teoría del servicio público, como a la teoría de las fuentes y de la regulación” (9).

Se despega, en parte, la discusión de aquella otra de procesos de liberalización del mercado, abstención del Estado en la economía o su contrario la omnipresencia del Estado en todos los sectores, de entre ellos el económico.

Ahora bien, estas ideas se concretan dentro de un contexto normativo y regulatorio condicionado por: a. el modelo político jurídico constitucional que rige en cada Estado; b. los principios generales universales y estatales que integran en una comunidad internacional a los Estados de derecho y democráticos junto al derecho común de los derechos humanos; c. la globalización y sus deslocalizaciones territoriales y asincronías temporales; d. la ausencia de una constitución a nivel global; e. la fuerte organización de sectores vinculados a la producción, economía y a la tecnología que encuentran en la autorregulación la solución a sus propios problemas quizás en reacción a épocas anteriores de fuertes intervenciones estatales; f. la pérdida del monopolio estatal del interés público; g. la multiplicidad de “agentes reguladores” (locales, nacionales, internacionales, públicos, privados); h. la creciente opinión en considerar a determinados bienes y servicios como comunes de la humanidad con reglas por

(8) Siempre es oportuno traer a cita el estándar fijado por la Corte IDH en la materia: “los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas... Según la jurisprudencia del Tribunal, el art. 24 de la Convención también contiene un mandato orientado a garantizar la igualdad material. Así, el derecho a la igualdad previsto por la disposición referida tiene una dimensión formal, la cual protege la igualdad ante la ley, y una dimensión material o sustancial, que determina la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados o marginados debido a los factores a los que hace referencia el art. 1.1 de la Convención Americana... Por lo tanto, la Corte considera que el derecho a la igualdad ante la ley también implica la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva” (Corte IDH, caso “Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala”, 6/10/2021).

(9) BARNÉS, Javier, “Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación”, Kingsbury, Benedict — Stewart, Richard B., Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016, p. 41.

fuera de las del mercado junto a la efectiva accesibilidad; i. la equidad intergeneracional la cual confirma que la solidaridad es un principio internacional e interno de los Estados; entre otros condicionantes.

En este contexto son conocidas las críticas positivas y negativas vinculadas con la extensión normativa y regulatoria estatal en la actividad económica, financiera, social y ambiental: si promueve o no el objetivo perseguido, si simplifica o complejiza las relaciones económicas de entre privados, privados y sector público, si son necesarias para perseguir objetivos vinculados al interés público, y así en más. Ciertamente que muchas de las críticas en uno u otro sentido, en general, destilan la propia ideología de la intérprete vinculada al Estado y su rol en los diversos momentos históricos. Tal como dice Santamaría Pastor (10) nada de lo que sucede al hombre y a las estructuras sociales, en suma, es ajeno al interés del Estado.

Rodríguez Arana (11), con quien coincidimos en esta apreciación, afirma que el foco debe colocarse en estos tiempos en la mayor intensidad antes que de extensión de la necesaria presencia pública y la demostrada finalidad que posee el derecho administrativo actual en garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos. Por cierto, derechos y también bienes y servicios.

Insistimos el análisis es desde la ciudadanía. Desde sus necesidades, sus expectativas junto al desarrollo tanto a escala individual como colectiva. Ello interpela a quienes pueden o deben satisfacer las necesidades para que provean los bienes y servicios. Junto a quienes deben regular dichas necesidades y su satisfacción. Para recién luego analizar quienes están en condiciones de ofertar esos bienes y servicios bajo determinadas reglas. Algunas de estas serán estatales, otras privadas y tantas otras mixtas. Pero tan solo aquellas de naturaleza estatal tendrán la lógica consecuencia de la “coacción” (cumplimiento compulsivo); por el contrario, las propias del sector privado basarán su cumplimiento en razones éticas, de conveniencia económica, de criterios técnicos y de especialidad (prevención de activida-

des o bienes riesgosos, por ejemplo), entre tantas otras razones (12). A este último fenómeno, generalmente, se lo asocia con la autorregulación. La cual puede ser mixta también, esto es generada desde el sector privado pero entrelazada o validada en mecanismos globales muchas veces de carácter público e incluso internos.

Anota Sánchez Morón en su *Manual de Derecho Administrativo* (13) que, a la regulación, le sobrevino la desregulación y a esta la neorregulación junto a la autorregulación: “Por ello, a nuestro juicio, más que una ‘desregulación de actividades’ privadas, lo que se ha venido produciendo es una suerte de *neorregulación*. Con este concepto queremos significar que el cambio de las formas de intervención y control administrativo sobre las actividades económicas privadas que se ha producido en los últimos tiempos es, más que cuantitativo, cualitativo. No es que el Estado haya dejado o deba dejar de intervenir en la vida económica y social, sino que interviene de una manera distinta a como lo hacía durante la mayor parte del siglo XX...”.

En mi criterio la actividad regulatoria estatal expresa un fenómeno permanente por ser sustancial al propio poder de normatividad (en sentido amplio) del Estado de derecho. Alcanzará mayores o menores intensidades según cada época y atravesará de manera matizada en su caso las características liberales y/o sociales del Estado en que se despliegan. Pero ello no es todo, pues puede ser que suceda ante un periodo de baja intensidad regulatoria local una alta intensidad regulatoria promovida por el mismo Estado, pero más allá del Estado, es decir en el espacio global en el cual se desarrolla.

Según Cassagne la función reguladora, es una actividad “...continua, típica de la función admi-

(10) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Principios de Derecho Administrativo General”, 2023, Ed. IUSTEL, Madrid, 2023, 6ª edición, Tomo II, p. 205.

(11) RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Curso de Derecho Administrativo español”, Ed. Colex, A Coruña, 2024, Tomo I, Cap. III, p. 47.

(12) “En todo caso, puede decirse que la eficacia del Derecho en gran medida depende de la fortaleza del Estado, que ha de disponer de mecanismos para garantizar el control efectivo del cumplimiento de las normas. Las propias instituciones han de estar sujetas a controles efectivos, políticos, jurídicos y sociales. Más aún, en últimos términos, la eficacia del Derecho depende también de su pacífica aceptación social, ya que ningún sistema resiste el incumplimiento generalizado”, LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico”, Ed. Civitas, Navarra, 2023, 5ª edición, p. 1136.

(13) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Derecho administrativo. Parte general”, Ed. Tecnos, Madrid, 2023, 19ª edición, ps. 663-664.

nistrativa de ordenación y vigilancia de determinadas actividades privadas por razones de interés público, que no excluye el control de la autorregulación” (14).

Por su parte la autorregulación, es en parte, muestra de ello y no una postura antitética, es parte del fenómeno: “...el gran hallazgo de la autorregulación tal y como se está imponiendo en nuestro tiempo, es que no implica una fractura entre el Estado y la sociedad, no supone la separación completa entre ambos. Por el contrario, permite desarrollarse en plenitud esta nueva emergencia de la sociedad civil y da plena fuerza a la capacidad creativa de los privados, para, inmediatamente, aprovecharse de ello, recogerlo y ordenarlo haciendo que los intereses privados y los públicos confluyan. Esta operación se lleva a término canalizando la autorregulación, fijándole ámbitos, misiones y procedimientos. Se hace esto mediante la regulación pública de la autorregulación. Este sencillo expediente impide que la emergencia de la sociedad civil y el ímpetu de los mercados libres conduzca a una separación del Estado: por el contrario, facilita una nueva integración dejando a ambas instancias un protagonismo razonable y suficiente” (15).

Todo ello convive con la necesaria fiscalización, control y supervisión permanente de las actividades por parte del Estado. Cuando no también prestada por el propio Estado bajo condiciones muchas veces monopólicas. Esto último, sin embargo, no lo autoriza a una prestación del servicio u oferta de bienes sin los estándares de calidad y universalidad que la propia dignidad de las personas reclama para efectivizar el derecho al desarrollo de cada quien.

III. Nuevas perspectivas regulatorias

La perspectiva sobre la cual se mira el tema regulatorio en general es evidente que ha mutado.

Muñoz Machado indica como punto de partida inexcusable atender al interrogante de cuál es la posición actual del Estado en relación con la so-

ciedad (16). Para fundamentar luego, en su opinión, el rol regulador y de garantía del Estado es el que corresponde a los actuales tiempos.

Para Esteve Pardo los objetivos del Estado social son aquellos que sin dudas deben ser mantenidos, más no bajo mecanismos que ya no se ajustan a estos tiempos o han demostrado su inadecuada habilidad para concretarlos. Observa una suerte de corrimiento tanto de parte del contenido de la función prestacional como de policía en su alcance de regulación y gestión de riesgos. La responsabilidad el Estado radica, según lo entiende, no en la responsabilidad en la prestación si no en la garantía de la prestación. Habla así de Estado garante, en lugar de Estado prestador en el marco del Estado social.

Ferrajoli por su parte, desde la teoría garantista del derecho con fuertes críticas al *statu quo*, enfatiza la necesidad de garantizar los “...bienes fundamentales, es decir vitales, mediante la sustracción al mercado y los vínculos de su intangibilidad y disfrute por parte de todos. Más precisamente, los bienes comunes como el aire, el agua potable, los grandes glaciares y bosques, que requieren múltiples tutelas, comenzando por su protección como demanio planetario” (17). En su concepción filosófica plantea la necesidad de escalar una constitución a nivel global, a fin de corregir los abusos actuales del mercado: “O se desarrolla un proceso constituyente de carácter supranacional, esto es, la construcción de una esfera pública planetaria, capaz de poner límites a la soberanía salvaje de los estados más poderosos y de los mercados globales, en garantía de los derechos y de los bienes vitales de todos, o estarán en peligro no solo nuestras democracias, sino también la paz y la vida en el planeta” (18).

Sánchez Morón (19) aporta otra perspectiva: “Por ello, a nuestro juicio, más que una ‘desregulación de actividades’ privadas, lo que se ha venido produciendo es una suerte de *neorregulación*. Con este concepto queremos significar que el cambio de las formas de intervención y control administrativo sobre las actividades econó-

(14) CASSAGNE, J. C., “Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Estudios y semblanzas, B de F Editores, Montevideo, Buenos Aires, 2020, p. 125.

(15) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIV La actividad regulatoria de la Administración”, BOE, Madrid, 2015, p. 37.

(16) MUÑOZ MACHADO, ob. cit., p. 17.

(17) FERRAJOLI, L. “Por una constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada”, Ed. Trotta, 2023, Madrid, p. 130.

(18) FERRAJOLI, L., ob. cit., p. 85.

(19) SÁNCHEZ MORÓN, ob. cit., ps. 663-664.

micas privadas que se ha producido en los últimos tiempos es, más que cuantitativo, cualitativo. No es que el Estado haya dejado o deba dejar de intervenir en la vida económica y social, sino que interviene de una manera distinta a como lo hacía en durante la mayor parte del siglo XX...”.

Por su parte Santiago González-Varas Ibáñez en los ámbitos del derecho administrativo económico, las prestaciones básicas y sus accesos indican: “En estos ámbitos la gestión del Estado es posible, pero no imprescindible, ya que estamos ante un ámbito prestacional, no de autoridad, y porque también pueden ser cubiertas las necesidades básicas o prestacionales a través de un modelo privado de gestión, sin perjuicio del control público, según indicaremos. En suma, se confirma que el poder público no tiene el monopolio de lo público. Y también que la administración no puede quedar al margen de lo público” (20).

Todo ello complementado desde la dimensión global y su aptitud regulatoria (21) como hemos adelantado. Los problemas globales, en principio, deben contener soluciones globales, pero sin descuidar la propia competencia regulatoria estatal interna y su incidencia en el espacio global. Ciertamente esta puede ser insuficiente más no prescindente (22). Regulación que en caso algu-

no podrá desconocer la necesaria participación de aquellos sectores sobre los cuales producirán sus efectos. Es tan esencial recabar la opinión del colectivo sobre el cual recaerá determinada decisión regulatoria estatal como escucharlos ante el retiro de la regulación, es decir en el proceso inverso: la desregulación. La participación, en este sentido, no es tan solo una exigencia del orden interno ni estatal. Por el contrario, proyecta su aspecto procedimental en la toma de decisión tanto en ámbitos más allá del Estado y más allá del sector público.

De momento se torna necesario, entonces, advertir las siguientes cuestiones en torno a todo ello:

1. El Estado tiene el rol que constitucionalmente se le otorga en cada modelo político jurídico en esta materia (23).

2. Aun en los supuestos de desregulación y autorregulación el Estado posee un rol indelegable a nuestro criterio en la formulación de normas, supervisión, fiscalización y vigilancia (control en sentido amplio) en aquellas actividades en las cuales los intereses públicos y derechos de los ciudadanos están implicados (24).

(20) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “Urbanismo y Ordenación del territorio, derecho administrativo europeo y derecho administrativo económico”, Ed. Civitas, Madrid, 2024, 5ª edición, p. 1583.

(21) Afirma Arancha González Laya “El comercio internacional es una de las áreas de actividad económica en las que existe una larga tradición de regulación transgubernamental multilateral”, en AAVV Introducción: globalización y derecho. Una visión desde la organización mundial del comercio, “Derecho Administrativo Global. Organización, procedimiento, control judicial”, Ponce Solé, Juli (coord.) Ed. INAP Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 16. En la misma obra Ponce Solé afirma: “En este sentido...parece un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho administrativo global o Derecho administrativo internacional el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración”, PONCE SOLÉ, Juli, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, p. 185.

(22) Tal como lo explica Rodríguez-Arana debemos también sumar la regulación que proviene muy especialmente en materia de servicio objetivo al interés general de espacio jurídico-administrativo global: “El problema que hoy presenta este Derecho Administrativo Global es que es un

Derecho en construcción, que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un Parlamento Global, de un Gobierno Global y de un Tribunal Global. Por eso, este incipiente Derecho Público Global opera, como es lógico, a través de principios, a través de principios que proyectan la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este Ordenamiento Jurídico Administrativo Global”; RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Curso de derecho administrativo español”, Ed. Colex, A Coruna, 2024, Tomo III, Capítulo VI, ps. 38 y 135.

(23) “Es por eso por lo que la regulación ha de adaptarse a la realidad de cada país. No existen recetas universales, ya que el contexto institucional y social difiere profundamente”, LAGUNA DE PAZ, José Carlos, ob. cit., ps. 1135.

(24) Muñoz Machado explica que “[r]egular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad”. Y argumenta que se expresa en poderes normativos (reglamentación) supervisión del ejercicio de la actividad, ordenación del funcionamiento del mercado, poder de resolución de controversias y también el poder sancionador; MUÑOZ MACHADO, ob. cit., p. 28.

3. La actividad regulatoria administrativa tiene su fuente directa en la ley, sin ley habilitante no habrá regulación administrativa posible. Este es el punto de partida, donde la reserva de ley como regla constitucional así lo impone.

4. La regulación es mucho más que el poder de normación, son las técnicas de concreción e interpretación de las reglas y condiciones bajo las cuales se prestan servicios y ofertan bienes en un “mercado” determinado (25).

IV. Deber de intervenir desde los derechos humanos

Ahora bien, llegados a este punto de análisis nos interesa enfocar el fenómeno desde la perspectiva de los derechos humanos, en especial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH, en adelante).

Ante el retiro del Estado en su extensa participación en asuntos prestacionales sucede en paralelo que los sistemas de derechos humanos depositan en esos mismos Estados el deber de intervenir, fiscalizar y regular. Es que según jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante) el Estado puede ser responsable por actos entre terceros en casos que haya: a) omitido desplegar adecuadamente su deber de regular, supervisar y fiscalizar determinadas actividades; b) omitido intervenir para garantizar en el caso concreto la igualdad y no discriminación en el sector privado (26); c) omitido supervisar actividades vinculadas a los servicios de salud (27); d) omitido proteger el bien público involucrado en una actividad tercerizada pero de titularidad del Estado (28); e) omitido prevenir violaciones producidas por empresas privadas regulando las acciones que estas deben adoptar para respetar los de-

rechos humanos (29); f) omitido garantizar el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios incluida en el art. 21 del PSJCR (30). Aún más, la Corte IDH (31) ha sostenido respecto de las empresas: a. existe un deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas; b. los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para regular las obligaciones empresariales en dirección a tal prevención; c. los Estados están obligados a investigar, castigar y reparar las violaciones ocurridas en dichos ámbitos empresariales, d. la legislación en la materia debe ser uniforme aunque es deseable su adecuación al tipo de actividad y riesgos que conlleven determinadas actividades a los derechos humanos; e. las empresas deben abstenerse de provocar o contribuir a provocar violaciones a los derechos humanos; f. las empresas poseen la obligación de adoptar medidas para subsanar las violaciones al deber de abstención.

La asimetría observada en realidad no es tal si recurrimos al deber de garantía del Estado en que terceros efectivamente efectúen las prestaciones y actividades de carácter fundamental para las personas. Aquello que agrega el SIDH es el contenido y dirección de dicho deber de ga-

(29) “... Tribunal destaca que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran. Los Estados, de esta forma, se encuentran obligados a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos —incluidas la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador— especialmente en relación con las actividades riesgosas. En virtud de esta regulación, las empresas deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a derechos humanos, y adoptar medidas dirigidas a subsanar dichas violaciones. El Tribunal considera que la responsabilidad de las empresas es aplicable con independencia del tamaño o sector, sin embargo, sus responsabilidades pueden diferenciarse en la legislación en virtud de la actividad y el riesgo que conlleven para los derechos humanos”. [Corte IDH, caso “De Los Buzos Miskitos (Lemonth Morris y Otros) vs. Honduras”, 31/08/2021].

(30) Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, 29/03/2006; caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil”, 5/02/2018.

(31) Corte IDH, caso “Pueblos Indígenas Tagaeri y Taro-menane vs. Ecuador”, 4/09/2024.

(25) Para Laguna de Paz la regulación: “...trata de alcanzar los siguientes objetivos: 1 evitar la producción de daños y asegurar la adecuada utilización de los recursos naturales; 2 ordenar las actividades que el mercado no presta de manera eficiente; 3 asegurar el funcionamiento competitivo del mercado; 4 proteger los derechos de los consumidores; 5 y promover objetivos de interés general”; LAGUNA DE PAZ, ob. cit., p. 119.

(26) Corte IDH, caso “Olivera Fuentes vs. Perú”, 4/02/2023.

(27) Corte IDH, caso “Ximenes López vs. Brasil”, 4/07/2006.

(28) Corte IDH, caso “Ximenes...”, cit.

rantía que, de no asegurarla el Estado, le generará un deber específico de responder. De allí la necesidad de determinada reglamentación y regulación entre privados que el Estado debe controlar, supervisar y exigir (32). Cabe aclarar que las omisiones estatales en tales tareas generarán responsabilidad del Estado en supuestos específicos tales como la omisión en regular las actividades que por sus riesgos requieran de una especial diligencia por parte del Estado en la protección de los derechos fundamentales (33). En otras palabras, es el deber específico de prevención del Estado en evitar que terceros vulneren bienes jurídicos protegidos, tal como la Corte IDH lo ha explicado: “... la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la

(32) La regulación estatal en la materia de tecnologías y, muy especialmente, en inteligencia artificial (IA, en adelante) representa todo un desafío en su necesaria y debida articulación desde el paradigma del derecho común de los derechos humanos. Inteligencia artificial sin intervención humana equivaldría a la cancelación de las reglas básicas del Estado de derecho. Es que el uso de la tecnología y especialmente la IA puede llegar a ocasionar serias amenazas a los derechos fundamentales. Agravar vulnerabilidades existentes, correr hacia las periferias aún más a determinados grupos de personas vulnerables. En este sentido participamos de la idea que las tecnologías pueden llegar a utilizar herramientas que calificamos como riesgosas en materia de derechos humanos. Frente a ello es posible prevenir determinados riesgos con adecuadas regulaciones tanto global como estatal. Sobre el tema recomendamos el Primer Suplemento Derecho Administrativo 2025 publicado por LA LEY, bajo la dirección de Ferrer y Diana. Allí bajo el título Derechos Humanos, Regulación y Tecnologías hemos ensayado algunas preguntas alrededor de la temática: ¿El avance de la tecnología y especialmente IA agravará o corregirá las desigualdades existentes? ¿Promoverá la IA mayores niveles de vulnerabilidad o los reducirá? ¿Existe una suerte de presunción de vulnerabilidad universal a favor de los usuarios de la IA que debe ser desvirtuada? ¿Es posible formular una garantía a nivel global de prohibición de no aumento de las vulnerabilidades?

(33) Rodotà ha explicado que “...la transparencia es un valor máximo cuando tenemos que controlar los poderes públicos o privados; pero puede volverse un riesgo dramático cuando están implicados los derechos fundamentales de las personas”, RODOTÀ, S., “Las lecciones de Wikileaks: nueva transparencia y nueva distribución del poder”, en obra colectiva “Transparencia, acceso a la información y protección de datos”, Piñar Mañas, J. L., director, Editorial Reus, Madrid, 2014, ps. 9-17.

esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos...” (34).

V. Democracia, regulación, desregulación y autorregulación

No debemos perder de vista que el principio democrático contenido en el Estado de derecho en el cual se desarrollan las actividades regulatorias, desregulatorias y de autorregulación. Los sectores privados deben reflejar en sus actividades de prestaciones de servicios públicos, entre otras, aquello que el Estado debe garantizar: la legitimidad democrática. Esta, en parte, se expresa por el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación a las prestaciones por parte de las personas. Con más la debida participación en la calidad de usuarios, directa o indirectamente por las asociaciones que les representan.

Esto no es un tema menor en los tiempos actuales, donde se advierten mecanismos tendientes a vaciar de contenido nuestras democracias, y descartar a la persona como sujeto central del sistema.

Las democracias, como es sabido, muestran avances y retrocesos en la construcción y consolidación tanto en la zona de derechos, libertades y garantías como en el ejercicio constitucional y democrático del poder estatal. Marchas y contramarchas cancelatorias de espacios de legalidad (constitucionales) que debilitan y, muchas otras veces, vacían las propias democracias. Suceden retrocesos en derechos, garantías y libertades en el sistema interno (primero negados, luego en el tiempo reclamados, reconocidos, reparados y consolidados). También suceden disminuciones de las protecciones internacionales con la sali-

(34) Corte IDH, caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil”, 15/07/2020: “En este caso, la Corte encuentra que los Estados tienen el deber de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas, que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas sometidas a su jurisdicción, como medida para proteger y preservar estos derechos...Respecto a la supervisión y fiscalización, la Corte ha sostenido que se trata de un deber del Estado, incluso cuando la actividad la presta una entidad privada. En ese sentido, este Tribunal ha establecido la responsabilidad estatal por las afectaciones producidas por terceros que prestaban un servicio de salud, cuando esta se debe a la falta de fiscalización del Estado y ha señalado que la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares”.

da de acuerdos regionales o globales en materia ambiental y de derechos humanos (35). Las sinrazones basadas en argumentos casi siempre de poder (soberanía, orden público interno, entre otros) desplazan así la racionalidad de los derechos humanos y su enfoque desde los derechos, las libertades y las garantías. La afectación es de derechos individuales, colectivos y, especialmente, de aquellos que pertenecen a las futuras generaciones.

Junto a ello sucede una generalizada denostación de las formas democráticas. Se las indican a menudo como enemigas de la eficiencia y eficacia del Estado desconociendo que ellas, en las democracias constitucionales, hacen al Estado de derecho. Los tiempos del debate parlamentario, la búsqueda de la participación ciudadana (36) en la toma de decisión en sede de las administraciones públicas, las garantías del debido proceso muy especialmente criticadas en los escenarios

(35) Siempre citamos el caso de Venezuela como un caso testigo de la salida del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sucedida hace tiempo. Hemos abordado este caso y otros en nuestro libro "Control de convencionalidad en la Administración Pública", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2022, ps. 11; 32; 38 y 44; y en la versión en portugués revisada, modificada, ampliada y actualizada: "Control de Convencionalidade Na Administração Pública, Contracorrente", San Pablo, 2024. Allí hemos descripto distintas tensiones que suceden alrededor del control de convencionalidad entre los sistemas internos y los sistemas regionales internacionales de derechos humanos. Sin embargo, La Corte IDH en reciente decisión entendió que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra vigente en Venezuela (Corte IDH, "Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela", 21/08/2025).

(36) En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la participación pública "...representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales. Como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, la participación pública requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable", (Corte IDH, OC-23/2017).

judiciales penales son algunos de los actos estatales que se manipulan con contenido negativo desde lo discursivo para demostrar una supuesta institucionalidad carente de sentido.

Por cierto, ello no significa que todo funcione a la perfección, por el contrario. Pero no autoriza bajo ningún concepto a descartar las formas democráticas bajo la excusa que ellas entorpecen un supuesto proyecto electoralista que luego es ejecutado en funciones de gobierno.

Hace un tiempo venimos observando el fenómeno de la baja calidad institucional desde la afectación de la vigencia plena constitucional en algunas de las democracias de occidente. Las democracias constitucionales se debilitan por varios fenómenos, uno de ellos es el que estudiamos bajo la expresión legalidades aparentes. Es decir, bajo una aparente máscara de legalidad suceden cancelaciones constitucionales afectando así las democracias constitucionales. La legitimidad democrática es manipulada hacia la salida del propio sistema constitucional que contiene a esas democracias.

La regulación deberá mirar en detalle este aspecto de afianzar el principio democrático en la relación entre privados. El Estado deberá desplegar especiales facultades de supervisión y control. Una suerte de debida diligencia en la efectiva vigencia del principio democrático en las relaciones entre privados. Para lograr procedimientos eficientes y eficaces en términos democráticos y no tan solo de eficiencia en términos económicos (37). La complementariedad no solo es posible, es una exigencia del orden constitucional.

VI. La equidad intergeneracional

La dimensión intergeneracional de las decisiones es un punto para tener en cuenta en la regulación estatal. Aquello que se decide hoy repercutirá necesariamente en quienes aún no existen.

(37) "En todo caso, puede decirse que la eficacia del derecho en gran medida depende de la fortaleza del Estado, que ha de disponer de mecanismos para garantizar el control efectivo del cumplimiento de las normas. Las propias instituciones han de estar sujetas a controles efectivos, políticos, jurídicos y sociales. Más aún, en últimos términos, la eficacia del derecho depende también de su pacífica aceptación social, ya que ningún sistema resiste el incumplimiento generalizado", LAGUNA DE PAZ, José Carlos, ob. cit., p. 1136.

Pese a ello le es exigible a las actuales autoridades la sostenibilidad económica, social, ambiental y climática **(38)** de las decisiones que adopten.

Ese deber se concreta en mandatos preventivos definidos en medidas que analizadas en el tiempo preserven los bienes fundamentales de la humanidad (recursos naturales, acceso a alimentos saludables, entre otros) y su acceso bajo condiciones de igualdad y no discriminación.

La sostenibilidad económica es parte de la mirada intergeneracional ya que será esta la que permitirá o no garantizar el acceso a tales bienes. Ciertamente es que no toda decisión económica implica garantizar la sostenibilidad indicada, como tampoco esta última implica una parálisis de la economía. Por el contrario, se trata de “intervenir” desde el Estado fomentando con incentivos adecuados a que ambos sectores privados y públicos direccionen sus acciones en tal sentido.

En el Pacto de Futuro **(39)** firmado por la mayoría de las naciones del mundo expresamente se admite la necesidad de utilizar de manera sostenible los recursos naturales (acción 10 punto 29) y muy especialmente la decisión de “...c) Promover modalidades de consumo y producción sostenibles, incluidos estilos de vida sostenibles, y enfoques de economía circular como vía para lograr modalidades de consumo y producción sostenibles, así como iniciativas de cero desechos” (acción 10 punto 29 apartado c).

En su anexo II titulado “Declaración Sobre las Generaciones Futuras”, entre otros principios se establece: “...3. Hay que garantizar a las generaciones futuras la oportunidad de prosperar y lograr el desarrollo sostenible, entre otras cosas eliminando la transmisión intergeneracional de la pobreza y el hambre, las desigualdades y la in-

justicia, y reconociendo los problemas especiales de los países más vulnerables, en particular los países africanos, los países menos adelantados, los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo. 4. La promoción de la solidaridad y el diálogo intergeneracionales y la cohesión social es una de las bases indispensables de la prosperidad de las generaciones futuras y, en este sentido, hay que reconocer la contribución que hacen al desarrollo sostenible las familias y las políticas favorables y orientadas a la familia. 5. Hay que crear y mantener un medio ambiente limpio, saludable y sostenible donde la humanidad viva en armonía con la naturaleza abordando urgentemente las causas y los efectos adversos del cambio climático e intensificando la acción colectiva para promover la protección ambiental...”.

El tema, como es posible de observarse, al menos desde los compromisos asumidos no parece ser menor especialmente el mandato intergeneracional que debe ser garantizado por la comunidad internacional. En este aspecto destacamos como valorable esta señal global, aunque en parte estaba ya contenida en los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (NU, 2015) los cuales han mostrado un cumplimiento dispar entre los diversos países de cara al año 2030 previsto originariamente. Sumado a ello la existencia de diversos compromisos multilaterales globales o regionales en materia de cambio climático y protección del medio ambiente.

El marco global junto al movimiento constitucionalista experimentado luego de la segunda parte del siglo pasado y con mayor intensidad en lo que va del corriente, imponen un agenda gubernamental y ciudadana direccionada en materia de bienes comunes.

La regulación, la desregulación, la autorregulación deben hacerse cargo en sus propios ámbitos de expresar la perspectiva de equidad intergeneracional en relación con la sostenibilidad y uso responsable de los recursos naturales. Ello sin perjuicio de la obligación estatal de intervenir mediante diversas herramientas en protección del uso razonable de los recursos naturales, la promoción de la equidad intergeneracional y la garantía de la sostenibilidad en términos ya generales **(40)**. El objetivo, en gran parte, es la

(38) Elegimos indicar a la climática separada de la ambiental en base a la entidad autónoma que se le ha dado al derecho al clima sano en la recientemente publicada Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-32/2025, 29 de mayo de 2025: “...un derecho al clima sano que protege el componente del ambiente directamente afectado en el marco de la emergencia climática, esto es, el sistema climático global... La Corte resalta, en ese sentido, que la afectación del sistema climático constituye una forma de daño ambiental que, aunque relacionada, puede y debe distinguirse de otras formas de daño ambiental como aquellas resultantes de la contaminación o de la afectación de la biodiversidad”.

(39) Naciones Unidas, 3ª sesión plenaria, 22/09/2024.

(40) Sobre el tema desde la perspectiva del derecho común de los derechos humanos puede consultarse GU-

búsqueda constante por el consumo responsable o como bien se lo ha indicado agudamente por parte de Rosatti (41) el “consumo generacional justo” y que explica como el “... nivel de satisfacción de necesidades sociales que reúne la doble característica de permitir la subsistencia y desarrollo de la generación actual sin comprometer la posibilidad de que futuras generaciones tengan, cuando menos, la misma chance de subsistencia y desarrollo que la presente”.

VII. Prevención y regulación

Puertas adentro del Estado se despliega competencia regulatoria. Esta puede ser expresada tanto por la actividad materialmente administrativa estatal como por parte del propio sector privado. Ello atraviesa con mayor o menor intensidad la ideología constitucional del Estado.

La regulación, desregulación, autorregulación son, por su parte, expresión del deber de prevención en tanto herramientas de concreción de los mandatos constitucionales y convencionales. Y en especial en materia de derechos humanos.

De nuestra parte, hace tiempo que intentamos enfatizar sobre un nuevo aspecto del Estado caracterizado por la prevención administrativa, ya que el foco de atención lo es desde el derecho administrativo.

¿Es la función preventiva una nueva actividad de las administraciones públicas?

¿Estamos ante una actividad autónoma, transversal a todas?

¿Sigue vigente la clásica clasificación enunciada por Luis Jordana de Pozas por allá a fines de 1940 actividad de policía (de ordenación), de servicio público (de prestación) y de fomento? ¿O aquellas otras indicadas desde la escuela italiana aplicada en España por García de Enterría las actuaciones de ampliación de derechos y las de limitación cuya fuente es la escuela italiana

expresada por Santi Romano y Massimo Giannini? (42).

¿Es la prevención tan solo un aspecto de las diversas actividades administrativas a las cuales modula?

¿Nos encontramos ante un “Estado de la prevención” que atraviesa tanto al modelo constitucional liberal como social?

De momento diré aquello que he afirmado en relación con el deber de prevenir estatal en materia de derechos humanos. Aparece en estos tiempos una función preventiva estatal y, en particular, en el derecho administrativo en materia de derechos humanos. Esta implica una conducta activa en la adopción de medidas tanto de remoción como de adecuación e interpretación, al menos en el plano de los derechos humanos (43). Ello, como consecuencia del deber de garantía previsto en el SIDH y con importantes proyecciones en el ámbito de la actividad materialmente estatal, especialmente en aquella porción que la Corte IDH ha caracterizado de actividad materialmente jurisdiccional. Es decir, en la actividad sancionatoria, discrecional y/o ya general de determinación de derechos y obligaciones, según lo entiende la Corte IDH.

Importa ello, en un punto, nuevos contenidos y direccionamientos de las diversas funciones o actividades en especial de las administraciones públicas. También de la propia organización que las contienen, procedimientos y aspectos sustanciales de las decisiones estatales. Todo aparece impactado por el mandato de prevención integrante del deber de garantía del derecho común de los derechos humanos.

El mandato de suprimir normas y prácticas de cualquier naturaleza junto al de emitir normas y adoptar prácticas proyectan desde la actividad preventiva las acciones concretas que se deben adoptar. Estas permean todas las funciones tra-

TÍERREZ COLANTUONO, Pablo A., “El derecho autónomo al medio ambiente sano en clave de derechos humanos”, posteo de fecha 5/06/2024, www.palabrasdelderecho.com.ar.

(41) ROSATTI, Horacio, “Dominio y aprovechamiento de los recursos naturales en Argentina”, Revista de Derecho Público, 2009-1, Derecho Ambiental I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009 ps. 95-112.

(42) Sobre el tema se puede consultar MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIV La actividad regulatoria de la Administración”, BOE, Madrid, 2015, ps. 14 y 15.

(43) Nos hemos referido extensamente al tema en GU-TÍERREZ COLANTUONO, P., “Control de convencionalidad...”, ob. cit.

dicionales de las administraciones públicas **(44)** (de fomento, policía, servicio público, sancionadora, expropiatoria, entre otras) y evitan así de buena fe y de manera espontánea las posibles infracciones a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Estamos frente al desafío de concretar en el plano regulatorio una actividad consistente con el derecho común de los derechos humanos asumiendo internamente el mandato de prevención.

La debida regulación estatal para prevenir posibles riesgos y la mitigación de determinadas consecuencias no evitables que pudiese ocasionar el sector privado (por ejemplo, en ocasiones

el uso y desarrollo de las tecnologías en la privacidad de los usuarios) es parte de la obligación estatal en la materia. Pero también el sector privado al darse su propia autorregulación habrá de incorporar esta dimensión y sus estándares.

El tema de la prevención ciertamente es mucho más amplio y se lo vincula con el rol actual del Estado, caracterizado por un contenido heterogéneo de la actividad administrativa **(45)**. Presenta ciertas complejidades y proyecciones las cuales se encuentran aún bajo estudio. Espere-mos pronto sistematizarlas.

(44) Ampliar en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Principios de derecho administrativo general", Ed. Iustel, Madrid, 2023, 6ª edición, Tomo II, p. 205 y ss.

(45) Para Santamaría Pastor la actividad administrativa se caracteriza por su heterogeneidad, no ya por su enorme cantidad si no antes bien por la diversidad material de esta que quizás no logre ser estandarizada en tipificaciones y clasificaciones estancas o rígidas; SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., p. 205.

La regulación como garantía de equidad

En homenaje al Prof. Agustín Gordillo

Gabriela Andrea Stortoni (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La emergencia. — III. La privatización. — IV. Desregulación y derecho regulatorio. — V. El impacto del derecho global en la regulación doméstica. — VI. La necesidad de una autoridad independiente. — VII. Las actuales políticas de privatizaciones y desregulación. — VIII. Conclusión: la regulación como garantía de equidad.

I. Introducción

Todos los que ya tenemos varias décadas en el derecho administrativo, hemos abrevado, indetectablemente, de los grandes maestros del derecho. Entre ellos, se destaca el maestro Agustín Gordillo, con sus obras que invitaban a la reflexión, a pensar en algo más allá. Así, siguiendo a Gordillo, en esta oportunidad, que agradezco la convocatoria de los editores (1), analizaré algunos aspectos de la tantas veces intentada política de “desregulación”, la cual la voy a ligar a la reducción del Estado, en su aplicación efecti-

va; a la política de la privatización de actividades en manos del estado, las denominadas haciendas productivas, finalmente al instituto de la emergencia que siempre le dio causa. Triada basal de la política a aplicar, de corte liberal, que pretende —al reducir las actividades en manos del Estado— acotar el gasto público y dejar en manos de los privados la mayor cantidad de actividades que *prima facie* se consideren lucrativas (Y digo *prima facie* ya que muchas de ellas, la historia nos cuenta como han terminado siendo objeto de equilibrio económico a través del subsidio del Estado).

El maestro Gordillo planteaba críticamente la tensión entre regulación/desregulación y la “emergencia económica permanente”, expresando que ello reflejaba la fragilidad del modelo argentino, dominado por prórrogas de delegaciones inconstitucionales y entes reguladores sin verdadera independencia, contrastando ello con la experiencia en Europa o desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), donde el diseño de autoridades regulatorias independientes se ha consolidado como garantía frente a la captura, la corrupción y el hiperpresidencialismo (2).

Por ello, en este artículo, me propongo analizar los institutos citados, sus antecedentes y las políticas que resultan de la ley 27.742 y el DNU 70/2023, para proponer verificar nuestra hipóte-

(*) Abogada, egresada de la Universidad Nacional de La Plata, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid (España), Paris X, Nanterre (Francia), y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA; especialista en Derecho de la Integración, Universidad Austral; becaria en Transporte Urbano y Planificación por JICA (Japan International Cooperation Agency), Reino de Japón. Doctoranda en Estudios de Género por la Universidad Tres de Febrero, Buenos Aires, Argentina y doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña, Galicia, España, ambas con proyecto de tesis aprobado y en curso. Ha sido profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales públicas y privadas; y actualmente es profesora de postgrado en diversas casas de estudios en temas de su especialidad. Desde el año 2020 dirige, por la Universidad de Tres de Febrero, la Maestría en Abogacía del Estado y desde el año 2024 dirige el Instituto de Derecho Público de la misma Universidad.

(1) En particular agradezco al Prof. Pablo Gutiérrez Colantuono por esta deferente convocatoria a escribir, en un número de homenaje al maestro Gordillo.

(2) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, capítulo VII “La regulación económica y social”, disponible en www.gordillo.com.

sis que resulta que ante las políticas de desregulación, privatización y apertura al sector privado se erigen —necesaria e indefectiblemente— las técnicas regulatorias, como garantía de equidad, para el equilibrio de los derechos patrimoniales en juego y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

II. La emergencia

Si repasamos nuestra historia, si hay algo claramente recurrente es la emergencia. Al respecto decía —el recientemente ausente— maestro Hutchinson, que en relación con “...las décadas de los 80 y 90 nos depararon se dijo la muerte de las ideologías y el triunfo de la economía de mercado. El modelo vigente actualmente en nuestro país comienza en 1976 con Martínez de Hoz al frente del Ministerio de Economía siempre nos han dicho que es un modelo exitoso y que fue llevado a cabo por expertos economistas ... Por otra parte, cuando se dictaron las Leyes de Reforma del Estado y Administrativa (23.696 y 23.697), de convertibilidad, de consolidación, etcétera, nos dijeron que eran necesarias y que eran el comienzo (por lo menos) de las soluciones que el país necesitaba. ¿Cómo es que ahora se sigue requiriendo leyes de emergencia, poderes especiales, decretos de necesidad de urgencia etc.? ¿No era cierto lo que nos contaron o no fueron tan idóneos los aplicadores?” (3). Las palabras citadas se renuevan frente a una nueva declaración de emergencia, principalmente económica, la que se proyecta desde el 29 de diciembre del 2023, primero en el dictado del DNU 70/2023, al cual dedicaré algunas líneas, y a las delegaciones que resultan de la Ley de Bases y Punto de Partida para la Libertad de los Argentinos.

Estas emergencias han dado lugar siempre a cambios radicales de políticas, porque como dice Bianchi, “...puede decirse que la emergencia económica es en la práctica una cuestión política encubierta” (4). Por su parte, Ylarri —siguiendo a Bianchi (5)— expresa que “...del estudio de la ju-

risprudencia de la Corte Suprema en materia de emergencia económica se advierten dos fenómenos”. Por un lado, surge que la Corte Suprema ha sido muy tolerante de todas las medidas de emergencia adoptadas en las últimas nueve décadas, principalmente, las que han afectado las relaciones patrimoniales entre particulares, o entre estos y el Estado, restringiendo el derecho de propiedad individual. Por otro lado, en ninguno de aquellos fallos se advierte un análisis profundo de la razonabilidad de la emergencia. Por el contrario —afirma—, “la Corte ha aceptado dogmáticamente la existencia de la emergencia tal como fue presentada en cada oportunidad por parte de los poderes políticos”.

En torno a los casos “Ercolano c. Lanteri de Renshaw” (6), “Avico c. De La Pesa” (7), “Pedro Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes” (8), “Cine Callao” (9), “Peralta” (10), “Video Club Dreams” (11), “Verrocchi” (12), entre otros, van a ir dándole los contornos a un instituto como la emergencia que no engendra nuevos poderes, pero claramente sacude el esquema de derechos dentro de las armonizaciones que permita (o así se lo interprete que lo hace) la CN. Así la CS va a decir que corresponde a la justicia controlar: 1) la existencia de una emergencia que obligue al ejercicio de poderes de excepción a fin de proteger los intereses vitales de la sociedad; 2) que la ley esté dirigida a satisfacer un interés legítimo y no para ventaja de un grupo de individuos; 3) que el remedio empleado sea proporcionado y justificado para superar la emergencia; 4) que

“La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LA LEY, T. 1991-C, p. 141.

(6) CS, “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta s/ consignación”, 28 de abril de 1922, Fallos: 136:161.

(7) CS, “Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl G.”, 7 de diciembre de 1934, Fallos: 172:21.

(8) CS, “Inchauspe Hnos., Pedro c. Junta Nac. de Carnes”, 1º de septiembre de 1944, Fallos: 199:483.

(9) CS, “Cine Callao”, 22 de junio de 1960, Fallos: 247:121.

(10) CS, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)”, 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1513.

(11) CS, “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”, 6 de junio de 1995, Fallos: 318:1154.

(12) CS, “Verrocchi, Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, 19 de agosto de 1999, Fallos: 322:1726.

(3) HUTCHISON, Tomás, “Comienzo de nuestro encuentro semestral”, en “La Emergencia económica”, Rubinzal Culzoni Editores, Revista de Derecho Público, año 2002-1, p. 9.

(4) BIANCHI, Alberto B., “Control de Constitucionalidad”, Ed. Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2002, T. II, ps. 280/285, en particular.

(5) YLARRI, Juan S., “La situación de emergencia económica y su control judicial”., con cita a BIANCHI, Alberto B.,

el plazo otorgado por la ley sea razonable y no perjudique a ninguna de las partes; y 5) que la ley sea de vigencia temporal, circunscripta a la emergencia que la originó (ver caso Avico entre otros). Mas recientemente, la CS recordó los requisitos precitados y que “puede distinguirse un control procedimental de constitucionalidad, que se refiere a la constatación de una situación de emergencia declarada por el Congreso, la persecución de un fin público y la transitoriedad de las medidas adoptadas; y otro, sustantivo, que se concentra en la razonabilidad de la restricción y examina si hubo desnaturalización del derecho afectado” (13).

Ya como ejercicio del denominado poder de policía y luego como poder de policía de emergencia, se va a analizar la legitimidad de decisiones dictadas por el PEN para sostener otros derechos, como resulta el de la vivienda en Ercolano y el derecho al trabajo en Cine Callao; y en otros más complejos la justificación de una política estatal de avance sobre los derechos patrimoniales, como resulta en el caso “Peralta”, fundado en el principio de conservación del Estado. Peralta será uno de los casos más paradigmáticos donde con claridad se ve la tensión entre derechos y medidas para paliar la emergencia. En este señero y controvertido caso la CS sostuvo que “el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a restringir el ejercicio normal

de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional” (14).

Varios casos más van a darse cita, en torno a los contornos de las leyes y decretos de necesidad y urgencia, hasta que se produce la reforma de la CN y dos herramientas adicionales a la declaración legislativa de emergencia se van a dar como novedades, ahora en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional, esto son los arts. 76 y 99 inc. 3 de la carta Magna (15). Al respecto expresa la Prof. Gelli que “... el acrecentamiento de las leyes delegantes y de los consecuentes reglamentos o decretos delegados produjo —y produce— el desplazamiento del centro del poder del Congreso hacia el Poder Ejecutivo y sobre todo hacia las burocracias técnicas sin responsabilidad política”. La CS en Verroqui se expresa que “... cuando se trata de derechos sociales, tutelados explícitamente en la Constitución Nacional, los cuales pueden y deben ser reglamentados por leyes formales —fruto de los debidos consensos obtenidos por los representantes para dar respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad— pero nunca aniquilados, ni aun en la emergencia”.

Lo hasta aquí reseñado plantea cuál es el quicio constitucional de las medidas dictadas en emergencia económica. La respuesta la da la CS al diferenciar este instituto del Estado de sitio. En efecto, en autos “Tobar” (16) el cimero tribunal establece el estándar de interpretación, al establecer que “[l]as medidas tendientes a conjurar la crisis económica deben ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica y están sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad, ya que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales. Frente a una situación de grave perturbación económica, social o política, son aceptables remedios extraordinarios que aseguren la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere, tales po-

(13) CS, “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán Toldo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria”, 15 de marzo de 2007, Fallos: 330:855. Es interesante traer a colación, aunque excede el objeto de este estudio, CS, en el caso “Consumidores Argentinos c. EN - PEN - Decreto No 558/2002-SS- ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, CS, 19 de mayo de 2010, Fallos: 333:633, donde la Corte manifestó que el deber de corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad, es mayor cuando ellas son invocadas unilateralmente por el presidente de la Nación para ejercer facultades “legisferantes” que por regla constitucional no le pertenecen.

(14) “Peralta”, Considerando 43.

(15) Ampliar de nuestra autoría: “Emergencia y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional”, en *Revisita de Derechos Humanos y Humanitarios*. Ed. IJ Editores, Buenos Aires, agosto/septiembre de 2024,

(16) CS, “Tobar, Leónidas c. E.N. Mo Defensa - Contaduría General del Ejército - ley 25.453 s/ amparo - ley 16.986”, Fallos: 325: 2059.

deres no son ilimitados y han de ser utilizados siempre dentro del marco de razonabilidad que impone el art. 28 de la Carta Magna y bajo el control de jueces independientes”.

III. La privatización

Para hablar de privatización, debemos primero abordar, aunque sea en términos generales los institutos que alcanza: esto es servicios públicos y poder de policía. Corresponden al ejercicio de dos de las tres actividades que, clásicamente son asignadas a la administración, en las cuales básicamente se ha identificado al servicio público con la actividad destinada a satisfacer necesidades generales. El poder de policía es, por su parte, la regulación de los derechos para garantizar su goce por todos los ciudadanos tributarios de aquellos, y se manifiesta como actividad de prevención o control, en aras del interés general.

En relación con el primer concepto, desde una visión más actual, se intenta conceptualizar en el ámbito de la Unión Europea —principalmente bajo la influencia del modelo anglosajón— la idea de que el servicio público se orienta a la satisfacción de necesidades generales de la sociedad y en la obligación del Estado de garantizar, ya sea a través de la prestación directa o por privados, la regularidad y la continuidad de la actividad que satisface la necesidad pública. Aparece entonces ya en este concepto y en el caso de delegación en terceros la necesidad de una intensa regulación estatal (17).

En los inicios de la década de los 90, la política de sustitución del sistema de reparto estatal de la renta por la estrategia de la economía de mercado se va a instalar a través de una ley denominada “Reforma del Estado” registrada bajo el número 26.396. El fundamento era que el Estado debía salir de la quiebra a la cual la habían llevado años de inflación y crisis económica. En 1989 el Congreso Nacional sancionó dos de las tres leyes que fueron la espina dorsal del nuevo bloque de legalidad, esto es las leyes 23.696 (ya citada) y 23.697. La Reforma del Estado instrumentó un ambicioso plan de largo alcance que permitió concretar más de 200 privatizaciones y concesiones de servicios en el término de siete años. La tercera ley sería la de convertibilidad de

la moneda pesos y su paridad con el dólar, registrada bajo la ley 23.928.

Desde una mirada constitucional, el servicio público nace como una actividad a cargo o de titularidad del Estado (ver 67 inc. 18 o su versión actual 75 inc. 18). Conforme Salomoni nuestras reglas constitucionales (en particular la cláusula del progreso) y legales (de los ferrocarriles, por ejemplo) “establecieron un concepto normativo de servicio público que incluyó la titularidad de estos por parte del Estado, la configuración de los principales caracteres que debía reunir por ser tal, así como también la medida o alcance de las potestades de la administración durante la ejecución del contrato de concesión” (18). Así Salomoni, siguiendo a Alberdi y las reseñas de las primeras concesiones de servicios públicos, que fueron las de la construcción de los ferrocarriles, vio que la intervención del Estado se daba en particular porque a él le correspondía la titularidad del servicio, ahora positivizado. No obstante, la ley 23.696 incorpora la figura de la *despublicatio* de actividades y servicios, antes a cargo del Estado como titular (19).

(18) SALOMONI, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos”, Ed. Ad-Hoc, abril 1999, ISBN 950-894-178-2, p. 127 y ss.

(19) Ejemplo de las idas y vueltas de la privatización a la estatización es el ferrocarril. En efecto, el sistema ferroviario nace principalmente a través de las políticas de la Provincia de Buenos Aires, a partir de 1856 y tuvo un formidable desarrollo hasta que el exceso y la falta de planificación, fueron cediendo en la racionalidad. Ello lleva a la quiebra del Banco provincial y a partir de 1860, la Nación va adquiriendo los ferrocarriles provinciales. Ahora bien, el 23 de setiembre de 1889, la Nación sanciona la ley que autoriza a la venta de los mismos ferrocarriles. En el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo sostiene que el Estado no puede ser más empresario de transporte, y que con la venta se obtendrían 40 millones de pesos oro, que vendrían del extranjero, los que serían destinados a la construcción de caminos, puentes, y otras obras públicas que sí eran obligación del Estado construir. Y como una rémora que se repetirá en la historia argentina, aparece en el mensaje de elevación y el debate de las cámaras las posturas extremas que siempre han separado al país. Por un lado, la viabilidad de la venta de los ferrocarriles como solución mágica, fundada en doctrinas economicistas que no se aggiornaban a la realidad argentina, por el otro se expresa que, si los ferrocarriles no están bien administrados, pues administrémoslos bien. Ver diarios de sesiones, comentados por CUCCORESE, Horacio Juan, en “Historia de los Ferrocarriles en Argentina”, Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina, 1984, ps. 91 a 101.

(17) BREYER, Stephen - STEWART, Richard, “Administrative Law and regulatory policy”, Ed. Aspen, New York, 2002, 5ª ed., p. 5 y ss.

Ahora bien, la crisis del año 2001 dejó al sector privado a cargo de las haciendas privatizadas en una situación de tal gravedad económica y financiera, que no pudieron hacer frente a las inversiones con el repago normal de una concesión, licencia o permiso, como establecía el art. 15 inc. 7 de la ley 23.696. Allí es cuando se inicia una reversión de las actividades al sector público, con la estatización de las actividades, que volvían a ser prestadas por el Estado, quien asume el carácter de garante del sostenimiento de los servicios. A partir de esta época van a convivir sistemas de concesiones, con apertura de servicios a la competencia, en sectores que sean aptos para ello (por ejemplo, se va a dar en forma notable en las comunicaciones y la aparición de internet, y hoy la IA). La discusión desde los 90 en adelante, será entonces: (i) cuál es el grado de injerencia de la regulación en el mercado, y (ii) si además de la competencia, existen otros derechos o intereses a tutelar y de dónde proviene su exigencia.

De lo que aquí advertimos la “privatización” es una política que pone en juego cuál es el rol del Estado. Dice Ariño Ortiz que “este cambio de modelo que se inicia a finales de los 80 en el Reino Unido, no es propio de un país, de un gobierno concreto. Es universal, es un proceso de biología histórica que está teniendo importantes manifestaciones tanto en Europa como en Iberoamérica, e implica esencialmente un cambio de tareas —de roles— entre el Estado y la sociedad... la globalización no es un slogan, sino una realidad”. Al respecto, sostiene Esteve Pardo que desde “...la Comunidad Europea se impuso la liberalización progresiva de las economías de los Estados miembros que pronto alcanzó la desregulación de las actividades profesionales no se una plenitud aceptable en los mercados de bienes comercializables y también de los servicios comercializables, como el mercado de capitales, pero que mostró mucha mayor resistencia a liberalizar y abrir a la competencia, interior y exterior, lo llamados servicios no comercializables... la apertura a la competencia de esos sectores regulados, tradicionalmente denominados ‘servicios públicos’exigía una reforma en profundidad de los marcos regulatorios en los que desde su nacimiento había vivido. Y ello no era fácil por varias razones”.

Y la más importante de las razones es que cuando estamos en presencia de la desregulación de actividades que alcanzan derechos fundamentales o la privatización total de servicios

destinados a atender una necesidad pública, no podemos desentendernos de las obligaciones de la diligencia debida, o en otras palabras de regular para prevenir o recomponer, a través de reglas de equidad.

IV. Desregulación y derecho regulatorio

Las políticas desregulatorias implican una liberalización de sectores económicos en los que se promueve la reducción del estado y la lógica del mercado, donde las asimetrías se corrigen dentro del sistema.

En Argentina tuvo una aplicación clara en los años 90 con el dictado del dec. 2284/1991. El decreto suprimió restricciones a la oferta de bienes y servicios, a la información sobre precios, calidad y condiciones de mercado y otras medidas que se consideraban distorsivas. Entre ellas, se decidió la disolución de entes reguladores de mercados como carnes, azúcar o yerba. También alcanzó a desregular el control colegiado de las actividades liberales y el transporte automotor. No todas las medidas pudieron aplicarse, ya que por ejemplo la desregulación de las actividades profesionales no se llegó a concretar, por la problemática del control de ética en el ejercicio profesional confiado a los Colegios profesionales, por ejemplo; y la desregulación del sector de transporte automotor llevó en el año 2002 —luego de la crisis económica, institucional, social y financiera de diciembre de 2001— a subsidiar los diferentes servicios para atender las demandas de transporte.

En ese momento decía Bustamante que la desregulación apuntaba a reducir los costos de transacción, de modo de facilitar la generación de riqueza. En particular sostuvo que la “desregulación comprende diversas situaciones no susceptibles de ser tratadas en común ... en general el proceso de desregulación trata de introducir la competencia mediante la eliminación de barreras de entrada en los mercados” (20).

En el ámbito del derecho administrativo la desregulación va a jugar en el terreno del denominado “poder de policía”, restringiendo en algunos casos su alcance. No obstante, la figura *per se* de la desregulación cuando se trata de elimina-

(20) BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, “Desregulación entre el derecho y la Economía”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, ISBN 950-50-0747-7, ps. 40, 91 y ss.

ción de burocracias, trámites innecesarios, y de cara a la protección de los derechos de ciudadanos, usuarios y consumidores, no parece ser una cuestión que presente objeciones. Pero ello no sucederá cuando, tras una política de desregulación, pueden afectarse derechos fundamentales.

Por ejemplo, es el caso de la desregulación de la venta de medicamentos, algo que, en la actualidad, con el uso de las plataformas, está en el tapete. En efecto, la dec. 2284/1991 ensaya esta medida y no solo no provocó el efecto deseado, que era bajar los costos, sino que por el contrario se verificó en esa época el aumento de los precios de los medicamentos, por efecto de la especulación. Esta medida ha sido también criticada por poner en riesgo la salud de la población, ya que la dispensa de medicamentos debe ser garantizada por la presencia de un profesional de la salud. La CS tuvo oportunidad de tratar el tema autos “Farmacity”, donde se rechazó la demanda de la sociedad actora que reclamaba la habilitación de una sucursal en la Provincia de Buenos Aires, por imperio de lo establecido en la Ley Provincial 10.606. Dijo el cimero tribunal que en el análisis de razonabilidad de la norma “...no puede soslayarse que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este último el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; ello así por ser el eje y centro de todo el sistema jurídico, siendo la vida un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (confr. arg. de Fallos: 302:1284; 310:112; 316:479; 323:3229; 329:4918 y 338:1110)” (21) y que “[l]a presencia de un director técnico farmacéutico no basta para garantizar el derecho a la salud de los consumidores. El ánimo de lucro de una persona que no sea farmacéutico no está mitigado de modo equivalente al de los farmacéuticos autónomos pues la subordinación del farmacéutico trabajador por cuenta ajena al titular de la farmacia podría implicar que aquel no pueda oponerse a las instrucciones del titular (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-531/06, —Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana—, sentencia del 19 de

mayo de 2009)” (22). Por ende, en el caso vemos como la desregulación o regulación no son contradictorias en tanto se ordenen a fines de protección de los derechos de los ciudadanos, que son los reales tributarios del sistema (23).

Dice Esteve Pardo que el derecho regulatorio se adscribe a servicios de interés general, sectores económicos estratégicos necesarios para la vida y existencia de las personas y comunidades en el mundo actual, tales como el transporte, la energía, las telecomunicaciones, los servicios postales, el mercado de valores, el abastecimiento del agua y el sistema cloacal, las comunicaciones, los servicios de salud, etc. (24). Agregamos que la lista variará, según el grupo analizado, la cultura y el avance en las necesidades a satisfacer de una sociedad.

(22) Es interesante el voto del Juez SORIA en el fallo de la SCBA donde destaca que en la actividad farmacéutica es inescindible del rol de farmacéutico y la farmacia, con cita art. 36 inc. 8, a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que considera a la farmacia como un centro de salud y al farmacéutico como un agente sanitario.

(23) En un fallo reciente la justicia argentina sostuvo en materia de desregulación de prestaciones de salud que “... la lesión a los intereses económicos de la actora y a su derecho a la salud que da sustento a la acción, encuentra su causa en la supresión del mecanismo estatal de control de los aumentos de precios del servicio de medicina prepaga, que despojó a la Superintendencia de Servicios de Salud de las facultades que le conferían los arts. 5° inc. g) y 17 de la ley 26.682. Ello significó habilitar a las empresas que otorgan dicho servicio a modificar unilateralmente el valor de las cuotas de los planes de salud que comercializan, sin necesidad de autorización previa por parte del organismo de control de la ley”. Y sigue diciendo que “aun cuando el Poder Ejecutivo dio los motivos por las cuales consideró que correspondía la desregulación de diversos sectores de la economía, en lo relativo a las aboliciones de los artículos de la Ley de Medicina Prepaga que importaron entrometerse con aspectos de un contrato destinado a prestar servicios en resguardo de la salud de los habitantes, no dio mayores precisiones que permitiesen concluir en la razonabilidad de dicha medida o en la premura necesaria para la toma de una decisión con significativa relevancia mediante la vía excepcionalísima a la que acudió”. Autos “C., E. A. c. OMINT SA de Servicios s/ amparo/sumarísimo valor cuota emp. - DNU 70/2023”. CNCiv. y COMFED, Sala II, 20/05/2025. Ver en elDial.com - AA88CF.

(24) ESTEVE PARDO, José, “Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos”, Colección Derecho de los servicios públicos y de la Regulación, Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2021.

(21) CS, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 30 de junio de 2021, Id SAJ: FA21000156, Considerando 15.

La regulación de las actividades económicas y servicios de interés general ostenta hoy un marcado componente económico y prestacional. Por ello, dice el autor citado que la actividad reguladora pasa por los siguientes alcances: (i) la faz económica, (ii) el análisis de los riesgos, sobre todo los de tipo tecnológicos y que resultan de la aplicación científica y (iii) finalmente se constituye hoy como una actividad de garantía que abandona el criterio de “titular” de la actividad para configurarse en garante del acceso, satisfacción y goce de la actividad privada sin afectación de los derechos humanos y que debe tutelar los riesgos eventuales que pueden suceder. Y el autor expresa que este nuevo paradigma nos lleva a que los privados se autorregulen. Ahora bien, la pregunta es ¿quién garantiza la atención cuando falla del sistema? La regulación no debería estar en el Estado que se resituía, pasando de “prestador” a “responsable del cumplimiento de la regulación” y el garante de la satisfacción de la necesidad de interés público. De nuevo nos preguntamos entonces: ¿Quién mide esos riesgos y quien responde?

E aquí donde reviste especial importancia la cuestión de las fuentes del derecho regulatorio y como se recepcionan en el sistema positivo. Frente a estas regulaciones para la incorporación del sector privado en la prestación de los servicios, corresponde entender que el quid de la problemática está, por un lado, en (i) que la inserción privada sea en negocios genuinos y honestos que generen reales ganancias porque los empresarios no son filántropos y (ii) no perder de vista que estamos en presencia de necesidades de interés público, donde se ponen en juego derechos y que requiere —a la hora de determinar la integración de lo público en lo privado— que el criterio mercantilista ceda, so pena de afectar derechos humanos o derechos fundamentales indisponibles.

V. El impacto del derecho global en la regulación doméstica

En la actualidad, la impronta de las reglas internacionales toma un rol cada vez más importante, ya para generar condiciones de relacionamiento entre los países, así como también para el establecimiento de reglas y directrices que protejan a diversos sectores de la economía global, el trabajo y esencialmente los derechos humanos. Dice Habermas que “... en las sociedades multiculturales, los derechos fundamentales y los

principios del Estado de derecho constituyen los puntos de cristalización de una cultura política que integra a todos los ciudadanos; esta cultura es a su vez la base para una coexistencia igualitaria de distintos grupos y subculturas cada uno de ellos con un origen y una identidad propios (25)”. Veamos algunas de estas nuevas reglas.

V.1. Reglas impartidas por el sistema internacional con carácter de *soft law*

La globalización parte de la base de la existencia del actor privado en la escena, y por ende las reglas deberán ser coherentes con el equilibrio de las fuerzas en juego. Convenciones, organizaciones, conferencias, tribunales regionales, entre otras formas de asociación y representación global van a ir imponiendo sus reglas. Aparece entonces el concepto de regulación *soft law* o derecho blando (26).

(25) HABERMAS, Jürgen, “Israel o Atenas: ¿a quién le pertenece la razón amamantada? Johan Baptist Metz y la unidad en la pluralidad multicultural”, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 99.

(26) El término fue citado por primera vez por Lord Arnold McNair, académico británico y primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien lo usó para abarcar declaraciones normativas definidas como principios operativos abstractos a través de la interpretación judicial. Lo que él consideraba entonces “blando” era la gran abstracción que caracterizaba algunos principios legales cuya aplicación directa en el arreglo de una situación dada era bastante difícil. Desde entonces, el concepto se ha utilizado cada vez más para obtener la forma y la comprensión actuales a la luz de la teoría de las fuentes del derecho internacional. No obstante, debe decirse que su contenido, sentido y significado no son nuevos en absoluto. La “ley blanda” como tal se usó popularmente entre los académicos para describir eventos normativos posteriores a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Otros antecedentes están en el pluralismo jurídico medieval y la *lex mercatoria*, que fueron las principales causas de la vulgarización del derecho como reconocimiento de múltiples estilos, mentalidades y soluciones. Luego, apareció la ley blanda para resolver las necesidades y demandas de las comunidades empresariales, creando una tensión reconocible entre la unidad y la pluralidad; y el surgimiento del derecho social y el pluralismo jurídico desarrollado por juristas antiformalistas europeos a fines del siglo XIX. La ley blanda surgió como el medio más efectivo para implementar una nueva política social, enfatizando características como la flexibilidad, la capacidad de respuesta social, el pluralismo y la participación. Ampliar en <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/soft-law-derecho-blando/>.

(I) *Organización para la cooperación y desarrollo económico*: desde OCDE se diseñan políticas públicas para el desarrollo económico de las naciones. Establecen estándares, que en algunos casos se han vuelto obligatorios como por ejemplo la Convención para combatir el cohecho de 1997, o el principio quien contamina paga, que incluso se ha receptado a nivel legal y constitucional (CABA) en nuestro país. Sus recomendaciones generan compromisos para los estados miembros y para quienes quieran formar parte, ya que su calificación mejora la credibilidad estatal.

Entre las muchas reglas que han impartido se encuentran en sus inicios, las reglas de control contra la polución, reducción de impacto ambiental por uso y producción de energía, sistema de reciclaje, reglas de protección de la salud, principios de política naviera, medidas para el sector de los servicios del año 1989, incluyendo por ejemplo una directiva para EE. UU. de elegibilidad de las contrataciones públicas, estándares de desempeño ambiental.

(II) *Organismo internacionales de financiación*: los organismos de financiación también establecen regulaciones, generalmente en relación con los procesos de selección de empresas que realicen obras públicas, tales como las reglas de transparencia y gobierno abierto. Veremos algunos ejemplos de cómo las reglas impartidas por estos organismos impactan como regulaciones obligatorias para acceder al crédito, por ejemplo. En el Banco Mundial sus Políticas de Salvaguarda, que es el mecanismo para abordar los problemas ambientales y sociales en diseño, implementación y operación de un proyecto, y proporcionan un marco para la consulta con las comunidades y para la divulgación pública. En agosto de 2016, el Banco Mundial adoptó un nuevo conjunto de políticas ambientales y sociales denominado Marco Ambiental y Social (MAS). Desde el 1 de octubre de 2018, el MAS se aplicó a todas las nuevas operaciones de financiamiento para proyectos de inversión del Banco Mundial (27).

V.2. La convencionalidad y sus regulaciones en el campo analizado

Desde las convenciones en materia de derechos humanos, incluidas en nuestro régimen jurídico en el art. 75 inc. 22 y la impronta de sus

interpretaciones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha generado una nueva fuente de regulaciones a ser aplicadas por los Estados parte. El reconocimiento constitucional de la jerarquía máxima que se le da a los instrumentos convencionales nos lleva a pensar en el tipo de Estado que pergeña la Constitución reformada, y será cuestión de otro debate, pero no por ello menos urgente (28). Para nosotros, la constitucionalización de los tratados y convenciones sobre derechos humanos por nuestra Carta Magna nos lleva indefectiblemente a la concepción de un Estado constitucional y social de derecho, con perspectiva humanitaria y prevalencia de los derechos humanos fundamentales sobre los demás derechos (29). En el concierto de garan-

(28) Para ampliar este punto recomiendo indagar en el pensamiento agudo del Prof. Patricio SAMMARTINO quien ya en "La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional", publicado en "Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Rap, Buenos Aires, 2009, p. 59, su obra "Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho", T. I y II, Abeledo Perrot, 2012; "Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho" (ED, 30/10/2015), entre otros más recientes, discierne con claridad cómo la idea de Estado impacta en la legitimidad del derecho administrativo y la validez de la actuación de los poderes públicos.

(29) Se recomienda la lectura de la obra del Prof. Luigi Ferragiolli quien, se acerca a la problemática de nuestra disciplina desde el prisma penal, y ante el gran protagonismo que el Derecho Penal ha tomado en Italia desde los últimos 30 años y la aún existente falta de legalidad y descreimiento en las instituciones de gobierno, la que encuentra su causa en, al menos, dos razones: (i) la expansión de la ilegalidad en la vida pública (estado y sociedad, como cómplices o resignados) y (ii) en la demanda social de legalidad, con la pérdida de toda legitimación política. Dice al respecto que "solo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y solo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder. En fin, solo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el paradigma del estado democrático del derecho." Luego aborda la discordancia entre el sistema democrático y las mayorías. Las mismas no se identifican y en un estado constitucional de derecho, las mayorías deben estar sujetas al cumplimiento de la legalidad y por ello de la vigencia efectiva de los de-

(27) Ampliar en <https://projects.bancomundial.org/es/projects-operations/environmental-and-social-policies>.

tías y prerrogativas —que hacen al clásico sistema de tensión que fuera manifestado por nuestros autores— aparece hoy la vigencia efectiva de los derechos humanos como fuente no solo de los derechos de los particulares y de las garantías, sino como justificación del obrar estatal, como contenido del Interés Público que aquel debe perseguir. Esto implica, claro está, un Estado que deberá repensar las exorbitancias del derecho, no como vestigios del poder feudal heredado por la revolución francesa, sino como herramientas para asegurar la dignidad de la vida humana.

En este nuevo orden, a medida que crece el reconocimiento de los derechos humanos aparece una nueva fuente del derecho, para tener en cuenta, ya en el ejercicio de la función pública, como en la función legislativa, y finalmente a la hora de interpretar la justicia para el caso concreto; y que es la conformada por las convenciones sobre derechos humanos y la interpretación que hace de su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo lo que se ha denominado “derecho de la convencionalidad” (30).

Así entendemos que nacen principios regulatorios que establecen los alcances de la participación ciudadana, la tutela de bienes fundamentales como el medio ambiente, la diligencia debida o las reglas anticorrupción. Veamos algunos de ellos a modo ilustrativo.

rechos fundamentales constitucionalmente garantizados. No es menor la tesis propuesta. Y sobre todo si la misma se extiende a nuestro sistema de derecho administrativo.” FERRAGIOLI, Luigi, “Derecho y razón”, Editorial Trotta, ISBN 978-84-9879-046-7 y “Constitucionalismo más allá del Estado”, Editorial Trotta, ISBN 978-84-9879-763-3, entre varios.

(30) Así lo recepitó nuestra CS en primer lugar en el caso Gíroldi (1995) para luego referirse a la doctrina en forma expresa en el año 2007, en el caso “Mazzeo” que consagró la doctrina de la CIDH que emana del caso Almonacid Arellano, al establecer que el Poder Judicial debe realizar un “control de convencionalidad” que implica tener en cuenta no solamente la letra del Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. La Doctrina no ha sido conteste en la jurisprudencia del superior tribunal argentino, quien ha retrocedido, en el Caso “Fontevicchia II” donde se invocó la doctrina del Margen de Apreciación Nacional.

V.2.a. La participación ciudadana como condición de legitimidad y vigencia efectiva del sistema democrático

El sistema democrático, que ha quedado descolocado con las dimensiones que ha adoptado el Estado; la aparición de nuevos y más derechos orientados a sostener la dignidad humana y los derechos fundamentales —que recorren el velo de nuevas situaciones y nuevos derechos que es necesario proteger—; la globalización que multiplica la información, aunque en forma errática, para el conocimiento y la toma de decisión; y la creciente necesidad de los ciudadanos de ser escuchados. Desde la convencionalidad resultan nuevas regulaciones en torno a la participación ciudadana como derecho y principio procedimental, por ejemplo:

- Ley 24.759, Convención Interamericana contra la corrupción. Conforme inc. 11, art. III se establece que a los fines expuestos en el art. II (esto es erradicar la corrupción) los Estados parte convienen en la aplicación de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

- Pacto de San José de Costa Rica, art. 23; “[t]odos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos...”.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforme su art. 21 se establece que “[t]oda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”.

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, conforme su art. 25 se establece que “[t]odos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2º, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: ...Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos...”.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En su art. XX establece que “[t]oda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país,

directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libre.”

V.2.b. Derecho a la participación de los pueblos originarios

Conforme inc. 17 del art. 75 de la CN, el Congreso Nacional debe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos; asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. La CIDH le ha dado a la participación ciudadana en casos de comunidades aborígenes una nueva impronta, con rango constitucional (31).

En “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” (32) la Corte expresó que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en “...los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...]. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información... El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles ries-

gos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”.

La CIDH va a distinguir en el caso entre “consulta” y “consentimiento” siguiendo en este sentido lo expresado por el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo” y que “de conformidad con el art. 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka” (33). El incumplimiento, resalta la CIDH, generará responsabilidad internacional del Estado. No puede ser un mero trámite formal, sino “un verdadero instrumento de participación” que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre ellas. En el caso “Sarayaku vs. Ecuador” la Corte determinó al Estado responsable por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, sin haberle consultado previamente y en “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras” (34) se reitera la doctrina establecida en “Saramaka” y “Sarayaku”. En el “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” (35) se analizó si se habían realizado las consultas previas a la construcción de un puente internacional, considerado de interés pú-

(31) Ampliar de nuestra autoría “La dimensión transnacional del Derecho Administrativo”, publicado en el Libro “Nuevo Estado Nuevo Derecho, Aportes para repensar el derecho público argentino”, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, CP 1041AFF, CABA, octubre 2015, 1ª edición, ISBN: 978-987-3720-41-3.; “Avances y Retrocesos en Materia de Derechos Humanos en los Fallos de la CS (a propósito de los Fallos Fontevecchia Y Villamil)”, en Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas. Jornadas de la Austral, Ediciones RAP, Edición, 2019, ps: 638, ISBN: 978-987-694-021-4, entre otros.

(32) Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. 133. Ver este y los demás fallos citados en Cuadernillos de jurisprudencia de la CIDH. Ver en https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo1_2021.pdf, ps. 110 a 122.

(33) Destaca la CIDH que al proyectar la consulta deberá tenerse en cuenta que la misma sea temprana, su carácter previo, la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, que la consulta sea adecuada y accesible, que estén realizados los estudios de impacto ambiental, y finalmente que la consulta cuente con toda la información para poder comprender la temática en forma sencilla y accesible.

(34) Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304. 215.

(35) Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. 173.

blico y donde se había reconocido que su construcción impactaba en la vida de las comunidades preexistentes, no obstante, el beneficio que podría aportar como vía de comunicación. En el caso, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas y el derecho de propiedad y a la participación, en relación con las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos. Por ese motivo, incumplió los arts. 21 y 23.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del tratado (36).

V.2.c. La diligencia debida

La noción de diligencia debida en el marco del derecho internacional de los derechos humanos ha estado mayoritariamente orientado a explicar el argumento jurídico sobre el cual un Estado puede ser declarado internacionalmente responsable por el hecho de actores no estatales (37). Se trata en general de los alcances de la obligación del estado de garantizar, mediante acciones positivas, la protección de los derechos humanos, que puedan estar afectados en acciones entre particulares en el territorio de un Estado.

En nuestro sistema interamericano, el fundamento está positivizado conforme los arts. 1.1 (deber de respetar) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, incorporada a la CN por el art. 75 inc. 22; y por lo cual al respetar los derechos y deberes allí establecidos y adoptar todas las disposiciones necesarias en el ámbito doméstico para su protección efectiva, se despliega la actividad de diligencia debida como una actividad preventiva en su caso, o de causa de la responsabilidad, en su defecto.

(36) Ampliar de nuestra autoría “La Participación Ciudadana como Derecho Humano”, Revista Derecho Administrativo, Nro. 141. Ed. Abeledo Perrot, mayo-junio 2022, ps. 16 a 43, ISSN 1851-0590.

(37) GARCÍA ELORRIO, Magdalena, “Some considerations about the Due Diligence nature and scope, in the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence”, en https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/191046/CONICET_Digital_Nro.e90b58be-2972-430e-a339-73be4cc4f0c_B.pdf?sequence=2&isAllowed=y, donde el concepto se desarrolla desde su impacto como obligación de investigación, regla, deber o procedimiento de tutela en la violación de derechos humanos por parte de personas jurídicas o físicas.

La jurisprudencia de la CIDH se ha referido a la noción de diligencia debida en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (1988) (38) y desde allí ha fijado diferentes estándares de diligencia según el caso, desde cuestiones directamente vinculada a derechos humanos fundamentales, afectados por delitos de lesa humanidad, violencia de género (39), ejecución extrajudicial hasta en relaciones económicas que afectan derechos humanos, entre otros.

En línea con el objeto del presente, se destaca el caso resuelto por la CIDH denominado “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y Otros) vs. Honduras” sentencia del 31 de agosto de 2021 (40), relativo a responsabilidad del Estado por omisión de un deber genérico en el control de una actividad privada (pesca submarina) y se encontró responsable al Estado de Honduras, porque había tenido suficiente información sobre el flagelo que ocurría con los trabajadores (que no tenían ningún cuidado de su vida, se encontraban sujetos a trabajo esclavo, recibiendo parte de su sueldo en drogas para soportar el yugo de la pesca submarina sin descanso ni protección) y ello llevó a la muerte (y reducción en la expectativa de vida en el mejor de los casos) de los trabajadores; y nada había hecho para controlar la explotación comercial e impedirlo. En el caso no se trataba de un servicio público, sino de una actividad comercial, pero por el interés que representaba la tutela de los derechos de los trabajadores el tribunal internacional interamericano hace responsable a las empresas pesqueras, así como al Estado de Honduras.

En otros casos como “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana” del 24 de octubre de 2012 ya se había destacado la responsabilidad del Estado en no otorgar acceso a los bienes y servicios de salud de la población, en particular quienes estén más marginados o en situación de vulnerabilidad. Dice al respecto la CIDH que “[L]os Estados son responsables de regular [...]

(38) CIDH, Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), Sentencia de 29 de julio de 1988, ps. 1-42.

(39) Ver una primera aproximación al concepto, en nuestro artículo “Derecho Administrativo y Perspectiva de Género. Lecturas Iniciales”, publicado en Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, mayo 2023, Año 7 No 9, Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642), ps. 15-33.

(40) Fallo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf.

con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad”. Por lo que estos tienen, tal como se planteó en el caso *González Lluy* y otros “[e]l deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.” De manera tal que, “[c]iertas actividades, como el funcionamiento de bancos de sangre, que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas, [...] están en la obligación de [ser reguladas] de manera específica”. Además “[D]el acceso a medicamentos [que] forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (41).

En igual sentido avanza en el caso “*Duque vs. Colombia*” entendió que “[e]l acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con el VIH. [...] estas personas requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo” (42). La tutela será también reconocida a las personas privadas de la libertad, en el caso “*Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*”, debiendo el Estado probar que ha tomado todas las medidas de protección de la salud de los internos.

En el caso “*Luna López vs. Honduras*” se expresó que “[l]a obligación de garantizar el derecho a la vida presupone, además, el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dicho derecho. Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a estos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito” (43).

(41) Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.

(42) Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf.

(43) Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf.

VI. La necesidad de una autoridad independiente

Las reglas enunciadas hasta aquí nos ponen ante un desafío: cómo el Estado se hace cargo de la deuda de regulación de las actividades que se abren al mercado y si ello está en la conformación de una autoridad independiente que se quisieron ensayar en los años 90, inicialmente mirando las agencias americanas, pero que terminaron siendo meras entidades descentralizadas o desconcentradas, con balanzas importantísimas en materia de control.

Quizás puedan alumbrarnos para nuevos estudios las nuevas autoridades independientes de la Unión Europea. En efecto, en el sector de telecomunicaciones, el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas [Dir. (UE) 2018/1972, arts. 6^o-7^o] exige independencia funcional, recursos suficientes y ausencia de instrucciones gubernamentales. El TJUE ha sancionado a Estados miembros por vulnerar este principio (caso *Comisión c. Alemania*, C-424/07). La independencia incluye no solo aspectos orgánicos, sino también financieros y de recursos humanos. En paralelo, el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE consagra el derecho a la buena administración, que comprende imparcialidad, motivación, participación y decisión en plazo razonable. Estos principios se trasladan como estándares de procedimiento regulatorio. En sectores estratégicos como la energía, la Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía [ACER, Reg. (UE) 2019/942] coordina decisiones nacionales, reforzando la necesidad de reguladores con autonomía técnica para operar en redes interconectadas.

VII. Las actuales políticas de privatizaciones y desregulación

El 21 de diciembre de 2023 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023, denominado “Bases para la reconstrucción de la Economía Argentina”. Entre sus fundamentos, se establece que el país “...se encuentra atravesando una situación de inédita gravedad, generadora de profundos desequilibrios que impactan negativamente en toda la población y, en especial, en lo social y económico”. En particular, el DNU 70/2023 refiere a que solo un programa integral de medidas económicas puede revertir la situación actual juntamente con un plan de desregulación de amplio alcance. En esa línea argumental, a través del

referido DNU, se instrumenta una amplia reforma legislativa que busca desregular la economía, derogando y modificando en ese marco, un gran número de normativas.

Así, se declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31/12/2025 (art. 1°). Promueve también la vigencia en “todo el territorio nacional...” de un “...sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo”. Añadiendo que para cumplir ese fin “...se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda” (art. 2°).

A esta normativa, se suma la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, 27.742 que establece: a) Declaración de la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un [1] año; b) Reforma del Estado y Privatizaciones, siendo una de las piezas más importantes, con referencia expresa a la ley 23.696, que se sujetan a privatización empresas y sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional que resultan a saber: (i) Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima (NASA), la que en lo que interesa podrá incorporar la participación del capital privado, debiendo el Estado Nacional mantener el control o la participación mayoritaria en el capital social; (ii) Yacimientos Carboníferos Río Turbio (YCRT), esta podrá, en lo que interesa, incorporar la participación minoritaria del capital privado debiendo el Estado Nacional mantener el control o la participación mayoritaria en el capital social; (iii) Sujetas a Privatización exclusivamente: En este bloque se proponen privatizar: Energía Argentina SA, e Intercargo SAU; (iv) Sujetas a Privatización / Concesión: Agua y Saneamientos Argentinos SA; Belgrano Cargas y Logística SA; la Sociedad Operadora Ferroviaria SE (SOFSE) y Corredores Viales SA.

Las nuevas privatizaciones se someten a las viejas reglas de los capítulos II y III de la ley 23.696 que establecen, por un lado, el procedimiento de privatización y, por el otro la tutela de la participación de los trabajadores en las empresas. El art. 15 inc. 7 establece que se podrá “[o]torgar permisos, licencias o concesiones, para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieren afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen, en tanto los adquirentes reúnan las condiciones exigidas por los respectivos regímenes legales, así como las que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación. En el otorgamiento de las concesiones, cuando medien razones de defensa nacional o seguridad interior, a criterio de la Autoridad de Aplicación, se dará preferencia al capital nacional. En todos los casos se exigirán una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad”. Las modalidades de privatización son establecidas en el art. 17 a saber: “1) Venta de los activos de las empresas, como unidad o en forma separada; 2) Venta o colocación de acciones, cuotas partes del capital social o, en su caso, de establecimientos o haciendas productivas en funcionamiento; 3) Locación con o sin opción a compra, por un plazo determinado, estableciéndose previamente el valor del precio de su venta; 4) Administración con o sin opción a comprar por un plazo determinado estableciéndose previamente el valor del precio de su venta y 5) Concesión, licencia o permiso. Además, se reenvía al régimen de propiedad participada, donde se debe garantizar en las privatizaciones el derecho de los empleados a participar en las ganancias de la empresa”.

Otro aspecto importante para destacar es que la Ley de Bases va a darle una importancia a la figura de la Concesión, incluyéndose no solo la obra pública, sino también con relación a “la infraestructura pública” mediante el cobro de tarifas, peajes u otras remuneraciones que se regulen y al régimen de Iniciativa Privada con una preponderancia de la financiación externa en la propuesta que se realice. Luego aparecen reglas de reducción del riesgo empresario en relación con las terminaciones anticipadas, ampliando las pautas de indemnización, similar a la ley 27.328.

En base a lo expuesto, se nos aparece este panorama como una nueva vuelta a las privati-

zaciones de los años 90 y también en algunas pautas, como se dijo del régimen de las asociaciones público privadas, vigentes conforme la ley 27.328. Ahora bien, como vimos muchas enseñanzas de aquellos tiempos y las consecuencias que las decisiones han provocado en el sector deberían ser tomadas en cuenta a la hora de decidir, de modo de no volver a errores del pasado. Y tener en cuenta la alineación de intereses del sector privado, con el interés público en la satisfacción de los servicios públicos o actividades de interés general, sin afectar la integridad y buena administración, para que los contratos tengan vocación de largo plazo y finalmente se cumplan.

VIII. Conclusión: la regulación como garantía de equidad

En las políticas que se encuentran aplicando en nuestro país, puede ser *prima facie* compatible con la idea de la “regulación por competencia”, como ejercicio del poder de policía del Estado en el control de la actividad y la prevención de los riesgos que la actividad lleva consigo. Dice al respecto Ariño Ortiz (44) que “la regulación ahora no viene a sustituir al mercado, sino a hacerlo posible, a recrearlo”. Es una “regulación para la competencia”. Este autor diferencia los alcances de la regulación en (i) regulación básica y general, pública y privada de la vida social y económica (códigos y régimen jurídico que asegura nuestra vida en sociedad y que el poder judicial debe tutelar); (ii) regulación administrativa general, de policía y buen gobierno (se trata de adecuar el ejercicio de los derechos a la protección de los intereses públicos generales tales como seguridad, salud pública, medio ambiente, orden público y condiciones de la vida humana o hábitat en términos del tercer milenio) (iii) regulación económica *strictu sensu* que es aquella que penetra y configura determinadas actividades que tienen particular relevancia o trascendencia en la vida social. En este punto, el autor distingue entre las actividades que son por libres sometidas a regulaciones generales, de aquellas “disciplinadas” donde por el impacto del bien que tutelan

(ya por tratarse de un monopolio, gestionar una necesidad general o por la exigencia de títulos en su prestación como el de una autorización, concesión, franquicia, etc.) serán más o menos reguladas.

Ahora bien, ello solo no agota la situación que se nos plantea frente a la reducción del estado, privatizaciones y desregulación, ya que la historia reciente de nuestro país nos ha demostrado su fracaso, fundado en dogmas que llevaron a graves errores y ha generado una pérdida económica para el Estado y la sociedad toda, con grave sacrificio de los derechos fundamentales.

La oportunidad de no volver a fracasar, como ocurrió con las concesiones en el año 2001, entiendo estará en primer lugar en una buena definición y aplicación de los estándares de protección de los usuarios del servicio y en las reglas claras de licitación, contratación, determinación de actores del proceso, asunción de riesgos y control de cuentas y del servicio. Consideramos entonces que sería conveniente tener en cuenta los siguientes estándares a saber:

a) Planificación como presupuesto previo: dice al respecto que la especulación privada y el oportunismo político han generado la renegociación de la casi totalidad de los contratos en América Latina, advirtiendo que, si bien la renegociación es una herramienta útil para adecuar un contrato a circunstancias extraordinarias, representa un fracaso de dicha política cuando su uso es generalizado.

b) Determinación de un marco regulatorio aplicable (45): las privatizaciones, las concesiones o cualquier herramienta de gestión que

(44) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La Liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en CASSAGNE, Juan Carlos - ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Servicios Públicos, regulación y renegociación”, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004, ps. 9 a 50.

(45) La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España, habla por sí sola sobre el tema en los aparts. 1 y 2 del art. 156 que dice: “La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos; 2. Antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma”.

quiera desarrollar el Estado, deberá estar previamente pensada, y no deberá ser producto de la ligereza. Y su análisis debe ser parte del control de razonabilidad de la medida a adoptar.

c) Ponderar el factor laboral: es preciso analizar y velar por la adecuada reglamentación de la relación del trabajador del servicio público en los contratos (46).

d) Ofertas sinceras: verificar las proyecciones de demandas, haciendo al sostenimiento del interés público en la concesión que estas sean ajustadas a variables serias y realistas. Esto hace a una oferta sensata y la ausencia de este requisito debe obligar al rechazo de esta por incongruente.

e) Visión comprensiva del sector del mercado alcanzado y no solo del objeto a contratar: evitar una visión sesgada del objeto a licitar, sin tener en cuenta el entorno al que se aplica y las potenciales variantes que pueden influir en su desarrollo.

f) Claridad y suficiencia de la regulación: términos vagos e inadecuados oscurecen la interpretación y flagelan los derechos. Nos dable jugar con el derecho público y el privado según la conveniencia del interprete o el interés a defender. Procedimientos ambiguos para resolver conflictos, faltas de incentivos, etc. nos ponen claramente ante la violación del interés público perseguido en la actividad que se pase a manos privadas. Por ello se deberán establecer condiciones intelectualmente honestas y por eso serán ajustadas a derecho. Limitar, asimismo, la excesiva implicancia política y optar por soluciones regladas para reconocer incentivos, aumentos a favor el privado. Reconocer derechos de exclusividad de carácter restrictivos y fundando excluyentemente el porqué de su inclusión, renegociación acotada y ajustada a supuestos de excepción fundados en el interés público (47).

(46) El tratamiento de los derechos del trabajador debe ser esencial a la hora de determinar la ecuación económica financiera de una concesión o gestión por terceros de un servicio, ya que su omisión lleva a la dialéctica fatal de oponer el derecho a huelga contra el derecho de los usuarios a la prestación de un servicio.

(47) Del régimen comparado en la materia, en general resulta que siempre se tratará de evitar una renegociación por encima del 20% del contrato. Por ejemplo, en Estados

g) Participación ciudadana y tutela de las situaciones de vulnerabilidad: no es dable la indiferencia con el real acreedor del sistema de gobierno, esto es las personas. Nada legitima su avasallamiento, si estamos hablando de un sistema democrático y republicano como define nuestra constitución, y con la adopción de los derechos fundamentales como parte de nuestra constitución.

h) Diligencia debida: conforme las reglas que surgen del *soft law* y de la convencionalidad, ya apuntadas se impone al Estado y los privados la protección de los derechos fundamentales y la vigencia de su real existencia en un Estado constitucional y social del derecho. En esto el caso “Miskitos” es un ejemplo de riesgos a medir y controlar, para el estado y los privados que avancen en actividades que afecten derechos humanos. Más tarde o más temprano.

i) Necesidad de una autoridad regulatoria independiente. El estado se reubica en el escenario. Y debe ser desde el lugar de tutela efectiva. Las autoridades independientes de control de actividades de interés o servicios públicos “desregulados” no pueden quedar sin otro control que el poder judicial. Antes de ello, las respuestas deben ser de control estatal ahora bien es preciso reconfigurar el alcance de los organismos. La autonomía de estos organismos hace a su eficacia y a blindar su diligencia debida con áreas de expertos técnicos, así como con visión transversal de los derechos humanos. También reglas claras de responsabilidad de los titulares de las autoridades independientes siendo esencial dar contenido al principio de la buena administración.

Ahora bien, todo ello no será eficaz ni legítimo, esto es no solo legal, si no se pone el foco en un principio esencial que es la equidad. La equidad fue definida por Aristóteles como culminación de su doctrina de la justicia, afirmando que lo equitativo es justo, pero trascendiendo la concepción de una justicia que resultaría de aplicar gramaticalmente una ley a un caso para el que evidentemente no ha sido hecha,

Unidos, se aplica esa ratio, salvo que las razones de interés público, por ejemplo, permitan una reducción en el precio monto. O sea, la renegociación como alternativa para la menor exposición presupuestaria o ahorro del erario, como novedad para nuestro sistema.

ya que conduce a un resultado irracional e iniquo (48).

Contemporáneamente, la equidad toma una dimensión de gran importancia no solo en cuanto pauta de interpretación, sino de integración y justicia en la aplicación de las reglas jurídicas para el caso concreto. De allí que reconocimiento de los principios generales del derecho a las que se puede acudir como fuentes en caso de defecto de la ley, máxime frente al art. 2° del Cód. Civ. y Com.

La interpretación conforme el principio de equidad es incorporar el valor justicia a la igualdad. Implica que, en su aplicación efectiva, la equidad obliga a los operadores a incorporar reglas que permitan igualar los sujetos en contexto diferenciados. La equidad como base de la regulación pone en primer lugar la centralidad de la persona humana, y por ende es la herramienta esencial para la interdicción de la insensibilidad. En este sentido, como colofón, la regulación como garantía de equidad, implica el cumplimiento efectivo del principio (hoy receptado en el art. 1° *bis* de la Ley de Procedimientos Nacional de Procedimientos Administrativos, modificada por la ley 27.742.) y como derecho de la “buena administración” que como lo ha expresado el Catedrático Jaime Rodríguez Arana Muñoz (49). Ya lo hemos citado y volvemos a él, en base al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, donde le dio una nueva visión al derecho administrativo, con centralidad en la persona, donde la administración no es patrimonio de los dirigentes sino del pueblo que es el titular de la soberanía.

La dignidad de la persona humana es además una norma positiva que obliga a su tutela en nuestro ordenamiento jurídico, ya que como expresa Gutiérrez Colantuono: “En Argentina, el orden público se encuentra fundado en la dignidad de la persona humana con sustento en el sistema universal e interamericano de derechos humanos, conforme los pactos internacionales con

rango constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22” (50).

Si el Estado responsable, como expresa Salvatelli (51), debe rendir cuentas continuamente a la ciudadanía, con más razón deberá hacerlo cuando deja en manos de privados la satisfacción de necesidades generales. El escenario se ensancha, y los sujetos deudores se multiplican, ya que debo decir que estas obligaciones de equidad también deben estar en cabeza de los prestadores privados.

Por ello, la equidad como principio bacilar de interpretación nos lleva a la política de la diferencia. Desde la política de la diferencia que entiende que existe un círculo vicioso de explotación, marginalización, empobrecimiento, imperialismo y violencia, que los DD. HH. y la sociedad de las naciones preocupadas en su defensa vinieron a erradicar. Desde esa política de la diferencia partiremos siempre desde un conocimiento situado, ya que como dice la Young no es posible la solución imparcial o de generalidad (y agregó abstracción) para la aplicación de la mejor solución a un conflicto administrativo (52).

El desafío se abre para nosotros en poder entender y proyectar soluciones para articular las políticas actuales de deregulación y privatizaciones, sin alterar derechos humanos, y reconociendo que la regulación nuevamente vuelve a escena, con un Estado garante resituado, efi-

(50) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, “Control de Convencionalidad en la Administración Pública”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2022, ISBN 978-987-706-423-0.

(51) SALVATELLI, Ana, “El Estado Responsable”, Ed. Astrea, 2024, ISBN: 978-987-706-490-2.

(52) YOUNG, Iris Marion, “Justicia y Política de la diferencia”, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 1990, 2022, USA, ISBN 978-0-691-23516-5. Dice la autora en relación con lo expuesto, que “[e]l ideal de imparcialidad es una ficción idealista. Es imposible adoptar un punto de vista moral no situado, y si un punto de vista está situado, entonces no puede ser universal, no puede separarse de todos los puntos de vista y comprenderlos. Es imposible razonar sobre cuestiones morales sustantivas sin comprender su sustancia, lo que siempre presupone algún contexto social e histórico particular; y uno no tiene ningún motivo para emitir juicios morales y resolver dilemas morales a menos que el resultado importe, a menos que tenga un interés particular y apasionado en el resultado. Como señala Bernard Williams, la diferencia entre la reflexión fáctica o científica y la reflexión práctica o moral es precisamente que la primera es impersonal mientras que la segunda no lo es”.

(48) ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco”, Ed. bilingüe y trad. de Julián Marías y María Araujo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1959.

(49) RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano”, A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, año 12, n. 47, jan./mar. 2012, ps. 13-50.

ciente y que garantice la eliminación de asimetrías que alteren derechos fundamentales. Es el Estado en la figura de las administraciones independientes quien podrá entonces garantizar en su nuevo rol, el destino de garantía de la dignidad de la persona humana.

Recién allí dejaremos de ir de posiciones antitéticas y dogmáticas a un sistema real, sincero, eficiente, humano, y donde lo público y privado pueda convivir, y tener un objetivo común: la supervivencia de la persona humana y la sociedad.

La desregulación como técnica de intervención pública

Leonardo Massimino (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Poder de policía y regulación.— III. Limitación de derechos. Perspectivas de análisis.— IV. Desregulación, precisiones terminológicas.— V. El mercado como presupuesto.— VI. Cambio institucional en el mercado y desregulación.— VII. Fallas de mercado, regulación y desregulación.— VIII. Desregulación como categoría jurídica.— IX. Técnicas de la desregulación.— X. A modo de conclusión.

I. Introducción

El enunciado que titula este trabajo encierra, en apariencia, una aporía, porque insinúa una dificultad de orden lógico, a primera vista, irresoluble. Si *desregular* supone *suprimir* una normativa, ¿cómo es posible que, a la vez, sea una técnica de intervención pública?

Es que, si desregular, por caso, significa establecer una regulación diferente a la que rige una determinada actividad, en rigor, cabe referir a “re-regular”. Ello sería así cuando, por ejemplo, se establecen precios máximos en lugar de precios de referencia. Se libera una actividad cuando se eliminan las barreras de entrada para el desarrollo de una actividad. En otros casos, en cambio, la desregulación puede establecer incentivos promoviendo conductas que procuren propósitos que se consideran valiosos; ej., premios fiscales por actividades no contaminantes.

Entonces, ¿qué es, en realidad, desregular y cuáles son los principios y/o las técnicas de las que se vale la desregulación? La respuesta a estas preguntas es compleja, rica en matices y comprende, además de aspectos jurídicos, económicos, decisivas aristas políticas y sociales, que tienen, como gran telón de fondo, una determinada mirada antropológica que, sin lugar a duda, supone todo proceso de intervención pública.

La noción del poder de policía es la que empleamos, en general, para llevar a cabo dichas intervenciones y es, sin lugar a duda, una de las más discutidas en la disciplina *ius administrativa*. La razón principal de las diferencias reside probablemente, en que a partir de esa noción se restringen, con mayor o menor intensidad, los derechos individuales de las personas.

Por otra parte, debido a la oscilante intervención del Estado en la actividad económica y social, en los últimos años se ha generalizado el empleo del vocablo *regulación* que también hace referencia al quehacer estatal en el campo de los derechos.

Si bien los vocablos poder de policía y regulación no son técnicamente sinónimos ni intercambiables, ambos connotan a una porción de la actividad desarrollada por el Estado que tiene por objeto limitar, modular o establecer la manera en que deben ser ejercidos los derechos que el sistema jurídico reconoce a los particulares sobre materias diversas.

El propósito de este trabajo consiste en poner en evidencia algunas perspectivas de abordaje de la actividad interventora del Estado, en particular, cuando trata de actividad de regulación y/o desregulación.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar, se formulan algunas precisiones sobre el poder de policía y la regulación (punto II). Posteriormente, se abordan algunas perspectivas para explicar las limitaciones de derechos

(*) Profesor universitario. Juez de Cámara en lo Contencioso Administrativo. Poder Judicial de Córdoba.

(punto III). Con esos elementos, a continuación, se ingresa en el estudio de la desregulación (punto IV). Finalmente, constan algunas reflexiones a modo de conclusión del trabajo (punto V).

II. Poder de policía y regulación

Las expresiones “poder de policía” y “regulación”, si bien poseen una utilización frecuente en la doctrina y jurisprudencia, no están exentas de ambigüedades (1).

La noción de “poder de policía” parte del reconocimiento del carácter no absoluto de los derechos de los ciudadanos y su posibilidad de reglamentación razonable por parte del Congreso de la Nación en los términos de los arts. 14, 19, 28 y 75 inc. 30 de la CN.

El término regulación no ha tenido una utilización frecuente entre nosotros, donde, en cambio, se ha preferido la palabra reglamentación de derechos. Para un sector de la doctrina, la palabra regulación es sinónimo de reglamentación en sentido jurídico y no son una especie jurídica nueva. Las regulaciones son reglamentaciones al ejercicio de los derechos constitucionales.

Sin embargo, en el *common law* y en el derecho comunitario europeo, la palabra no suele usarse en el sentido de reglamentación de derechos —según la entendemos nosotros—, sino para describir la actividad del Estado en cuanto interviene en el funcionamiento de ciertas actividades económicas. Esta última actividad, entre nosotros, en cambio, puede comprenderse dentro de la noción de policía administrativa.

Aun así, un relevamiento del uso del vocablo en países europeos y en los Estados Unidos muestra que su utilización en la doctrina y jurisprudencia no ha estado exenta de debates.

En tal sentido, la doctrina muestra al menos cinco significados del término regulación y señala que importantes distinciones entre el uso de este vocablo en Europa y en Estados Unidos (2).

(1) Me he referido a las distinciones —e implicancias de esas distinciones— entre las nociones de poder de policía y regulación en MASSIMINO, Leonardo, “Las nuevas visiones sobre el poder de policía”, *Doctrina Judicial*, Ed. La Ley, Año XXVII, N° 08, ps. 1/37.

(2) PROSSER, Tony, “Law and the Regulators”, Clarendon Press, Oxford, 1997, ps. 4 y ss.

Las mismas corrientes doctrinarias, tomando elementos de definiciones amplias y otras acotadas, concluyen en que el uso central de la palabra regulación se refiere a las intervenciones públicas que afectan las relaciones entre las personas a través de directivas y control. Por ello, señalan que cualquier intento de proveer una definición omnicomprendensiva de regulación resulta de poca utilidad, por dos razones, porque la variedad de definiciones del vocablo competencia posee diferentes niveles de generalidad y por la deficiencia en pretender incluir los usos más comunes en una única definición. Se argumenta que un más productivo abordaje de la cuestión es, siempre según la doctrina, examinar los fundamentos de propósitos de varias formas de regulación, y especialmente notar las tensiones entre ellos ya que dichas tensiones son de una importancia práctica considerable.

También son frecuentes los intentos de definir el vocablo “regulación” describiendo el conjunto de actividades y/o funciones que contiene o refiere. En ese sentido, Ariño Ortiz sostiene que cuando se habla de regulación se hace referencia a dos ámbitos distintos, una es la regulación externa, que en España se ha llamado “policía administrativa” (refiriendo a las condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente de la actividad de que se trata, pero sin entrar en el interior de esta ni predeterminar las decisiones empresariales) (3).

Otro tipo de regulación es la llamada “regulación económica” (éste sería el nuevo sentido en que suele utilizarse el vocablo según Ariño): que afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público. Esta se centra fundamentalmente en los aspectos referidos a la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla, al quantum de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que consiste la actividad.

En la doctrina española, en camino a establecer el concepto y las características de la regulación, destaca que la doctrina económica y jurídica realizaron algunos intentos de definición del término acotándolo e identificándolo a la noción

(3) ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Economía y Estado”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 284.

de policía administrativa, siendo —según el citado autor— la definición ensayada por Argadoña la más representativa en ese sentido: “Un conjunto de reglas generales o de acciones específicas, impuestas por una autoridad o por una agencia administrativa, que interfiere directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas” (4).

En un sentido similar, Yarrow destaca que con el término regulación se puede designar toda actividad del gobierno o de los organismos dependientes de él, encausándola a influir en los comportamientos tendientes al dictado de normas que orienten o restrinjan las decisiones económicas (5).

Para Mitnick las acciones de regulación constituyen una interferencia con las actividades objeto de la regulación, que se expresa en una desviación de lo que acontecía, un bloqueo una restricción o modificación de las opciones que tenía un sujeto, debiéndose destacar que la actividad regulada no es sustituida, ni la regulación es parte de ella (6).

Por lo señalado, si bien podríamos señalar ciertas diferencias lingüísticas entre las expresiones “poder de policía” y “regulación”, estas no importan distinciones conceptuales de fondo. En ambos casos se hace referencia a una intervención estatal que modula, con mayor o menor intensidad, los derechos de los ciudadanos. Debe reconocerse, al mismo tiempo, que la expresión regulación responde a una visión crítica del libre funcionamiento de los derechos en los acuerdos entre las personas procurando alterar el resultado en un sentido o en otro, por razones de equidad o eficiencia.

(4) Para ampliar, RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo, “Privatización de la empresa pública y Pos privatización: análisis jurídico”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 447 y ss.

(5) YARROW, G., “La privatización en la teoría y en la práctica”, Papeles de Economía Española, 1984, n.º 27, p. 352.

(6) MITNICK, Barry M., “La economía política de la regulación”, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 22.

III. Limitación de derechos. Perspectivas de análisis

III.1. La escuela del interés público

La teoría del interés público posee una larga tradición en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Según este enfoque, la intervención del Estado en la economía, mediante la sanción de regulaciones o la reglamentación de los derechos, tiende a asegurar el bien común.

El dictado de la regulación o la reglamentación de un determinado derecho supone que esa intervención corrige las fallas del libre juego de la oferta y la demanda o rectifica situaciones inequitativas.

“Un rasgo distintivo de este enfoque es la creciente influencia normativa sobre el proceso de intervención estatal, ya que además de no realizar un análisis técnico sobre la eficacia de ese proceso, tiende a identificar los resultados teóricos de la normativa con sus resultados reales. Se supone dogmáticamente que la intervención, en sí misma, es idónea para corregir las fallas” del mercado, sin indagar en los resultados de esta.

Una vez identificada la falla del mercado, se recurre a la intervención o reglamentación como un correctivo infalible de aquella, lo cual es puesto en duda por las escuelas siguientes.

III.2. La mirada del acuerdo colectivo

El fundamento de la intervención reside, según esta mirada, en el dilema del prisionero o en el dilema de la acción colectiva. En tal sentido, la regulación representa un acuerdo al que presuntamente arribarían todos los sujetos —aun los que se opondrían, en principio a ella— sabiendo que las consecuencias de esa intervención los beneficiaría a todos (incluidos a los mismos opositores). De esta manera la regulación supera las fallas de mercado forzando un presunto acuerdo que se representa en la regulación.

La teoría del interés colectivo sostiene que, en ausencia de costos de transacción, el acuerdo solamente estaría bloqueado cuando el beneficio esperado por el disidente de la regulación es superior al que resultaría del bien colectivo proyectado en ella.

Un concepto interesante desde esta perspectiva es que la intervención estatal no constituye

un sustituto idóneo a un intercambio frustrado por “costos de transacción”, sino que configura un costo más, de naturaleza jurídica, que reduce el ámbito de la libre contratación.

En definitiva, este enfoque asume la objeción de los costos y beneficios, pero ese análisis es presunto y supera el dilema de la acción colectiva. Sin embargo, termina siendo una determinada teoría política que justifica la intervención del Estado según la visión que posea el sistema constitucional de un país, abandonando el mecanismo de consenso voluntario y, con ello, consideraciones de eficiencia como vía de solución de la intervención del Estado.

III.3. La teoría económica de las regulaciones

La teoría económica de la regulación o de la intervención del Estado se focaliza en el análisis económico de la oferta y la demanda. En concreto, argumenta que las regulaciones son el resultado de presiones de los grupos de interés, lo cual se vincula con la denominada “teoría de la captura de agencia”, que ha sido desarrollada por la ciencia política.

Sin embargo, la doctrina especializada argumenta que no siempre que existe un organismo regulatorio los grupos afectados tienen la capacidad de controlarlo: ello depende, dicen, de la cantidad de personas involucradas ya que el cálculo costo - beneficio es distinto cuando el grupo es pequeño que cuando el grupo es amplio y hay ocasión de actuar adoptado conductas especulativas (*free rider*) como vimos.

Desde esta perspectiva, la intervención estatal será requerida por algunos sectores en beneficio de esos sectores, dado que se la concibe como un recurso sumamente escaso y valioso. Por esa razón, el tamaño o capacidad de gestión que posean esos grupos para requerir la intervención estatal es un elemento relevante para analizar el comportamiento futuro de ellas. De todos modos, se señala que estas regulaciones no satisfacen el interés general, como dicen, sino el puramente sectorial de los grupos favorecidos.

III.4. El enfoque institucional y el análisis de eficiencia

El enfoque institucional permite explicar el impacto de las distintas estructuras jurídicas sobre la conducta de las personas a partir de la pauta de la eficiencia.

Si bien tradicionalmente se ha colocado a los “fines públicos” sobre los “fines privados” —ya que los primeros se los identifica con la virtud del bien común y los segundos con el egoísmo individual— este enfoque señala que tanto el contrato como la intervención estatal son marcos institucionales alternativos y complementarios. Es decir, el marco consensual (contrato) es complementario del marco compulsivo y jerárquico (intervención estatal).

Al respecto, se propone que la evaluación de los marcos institucionales alternativos sea en base a la pauta de “eficiencia”. En tal sentido, el marco Institucional es eficiente cuando —a menor costo que otro marco institucional alternativo— facilita los intercambios voluntarios y como resultado, los agentes absorben todos los costos de su conducta y obtienen todos los beneficios.

Hay ineficiencia cuando el marco institucional favorece conductas de sujetos que se apropian de los beneficios, pero no se hacen cargo de todos los costos (externalidad negativa) y/o de sujetos que asumen todos los costos, pero no pueden apropiarse de todos los beneficios (externalidad positiva).

Desde esta perspectiva, podrían delinearse o clasificarse cuatro tipos o modalidades básicas de la intervención estatal. Las regulaciones más eficientes son aquellas en las que los costos y los beneficios de la intervención se encuentran dispersos entre todos los destinatarios y también aquellas en las que los costos y los beneficios están concentrados entre los sujetos de la intervención como puede ser el caso de una norma que fija un peaje para la utilización de un determinado camino o ruta: paga el peaje quien utiliza la ruta.

Por otra parte, las regulaciones en las cuales los beneficios se encuentran concentrados y los costos dispersos son las típicas regulaciones de fomento en las que, una empresa se ve favorecida por un determinado régimen de promoción industrial, cuyos costos, en definitiva, son sufragados por toda la población a través de los impuestos que deja de percibir por el régimen establecido.

Finalmente, cabe identificar aquellas regulaciones en las cuales sus beneficios están dispersos y los costos se encuentran concentrados en determinados sujetos como es el caso, por el

ejemplo, de la intervención estatal que declara servicio público una determinada actividad. En estos casos, el prestador está sometido a determinadas cargas y obligaciones, cuyos beneficiarios son todos los usuarios del servicio.

III.5. El análisis costo-beneficio de la intervención pública

El análisis costo-beneficio es como vemos un abordaje cada vez más empleado para el análisis de la actividad reglamentaria del Estado y que ha merecido tratamiento en la doctrina, legislación (7) y jurisprudencia de nuestro país.

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, sancionada en 1996. Ello, sin embargo, de forma elíptica pues la norma no alude expresamente al “análisis costo-beneficio” sino a la “eficiencia” de la decisión.

El art. III, inc. 5° de dicha Convención establece que “(...) [L]os Estados Parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la (...) eficiencia de tales sistemas”.

III.6. Las visiones consecuencialistas

En línea con los enfoques anteriores, los análisis consecuencialistas se focalizan en examinar las consecuencias que producen las decisiones

estatales sobre los comportamientos de las personas. Al respecto se ha dicho que, en términos generales, el análisis económico del derecho puede ser definido como “tomarse las consecuencias seriamente”.

La preocupación por las consecuencias de la intervención estatal en cualquiera de sus manifestaciones es creciente en las diferentes poderes y órganos del Estado. En tal sentido, en el ámbito del Poder Ejecutivo, por ejemplo, la misma ley nacional de procedimientos administrativos requiere que la intervención administrativa resulte proporcional a la finalidad que persigue la emisión del acto administrativo [(art. 7° inc. e) LPA].

Así, por ejemplo, la Procuración del Tesoro de la Nación, en dictámenes 256:358, sostuvo que “[l]a razonabilidad de una decisión de proyección pública, como un acto administrativo o un fallo de la Corte Suprema, se detecta en los efectos sociales que produce o puede producir: ese es un *test* más seguro que el de proporcionalidad que usualmente se emplea”.

En el ámbito del Poder Judicial, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha señalado desde antiguo que las consecuencias de las decisiones adoptadas es uno de los índices más seguro para analizar la razonabilidad de una norma (Fallos 302:1284).

III.7. La teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional

Los enfoques economicistas del derecho muestran, según un sector de la doctrina, algunos límites para ser aplicados a todos los casos y, además, presentan cierta despreocupación por la acción colectiva.

En ese marco, el análisis neoinstitucional afirma que las instituciones tienen una importancia relevante en el desarrollo de los pueblos y en la contratación. En tal sentido, se dice que la “progresiva referencialidad pública” del derecho privado es una verdadera necesidad lo cual lleva a una cada vez mayor confluencia con las instituciones del derecho público.

En el campo contractual, se dice, hay numerosos avances en este enfoque. Por ejemplo, se ha señalado que, si en la época de la codificación el derecho mercantil era un derecho de contratos, ahora lo es de instituciones, en el sentido en que

(7) La Ley de Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos 27.742 modificó el art. 12 de la ley nacional de procedimientos administrativos e introdujo el análisis costo/beneficio como causal para la suspensión de los efectos del acto administrativo, en los siguientes términos: “Los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sin embargo, la administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta”.

las regulaciones exceden en mucho el mero intercambio Inter partes, para aprehender el fenómeno sistemático típico de cada sector, incluyendo aspectos relativos al control público, a la defensa del consumidor, a la previsibilidad económica, a la organización de la competencia, y lógicamente a los contratos.

III.8. El enfoque de derechos

El enfoque de derechos en las limitaciones propone un abordaje diferente de la cuestión procurando focalizar, más que en el aspecto limitativo de los derechos, en la faceta tuitiva de los derechos personales.

En tal sentido, estos nuevos enfoques parten del reconocimiento del carácter no absoluto de los derechos y su posibilidad de reglamentación razonable (arts. 14, 19, 28 y 75 inc. 30 CN). Esta circunstancia es reconocida por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, que, lejos de oponer los derechos de los particulares a las potestades del Estado, presuponen su coordinación y equilibrio al establecer que “[e]n ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

De la misma manera, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica determina que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias de una sociedad democrática. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que en el ejercicio de los derechos que el tratado garantiza, el Estado podrá someter tales derechos únicamente a las limitaciones determinadas por la ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática (8).

(8) En forma similar se ha pronunciado la Comisión Interamericana mediante, por ejemplo, la Opinión Consultiva 25/2020, entre otras.

Según esta perspectiva, las diferentes normas del derecho positivo de nuestro país integralmente considerado aceptan la regulación y limitación de los derechos, es decir, aceptan el ejercicio del poder de policía, pero advirtiendo que en todos ellos se hace hincapié en la protección de los derechos. Desde esta perspectiva, el poder de policía adquiere un papel más tuitivo que limitativo de los derechos individuales.

Entonces, observando el instituto desde su finalidad, se dice que se presenta como una actividad estatal, que tiene en miras la protección de la vigencia de los derechos individuales y de ciertos bienes jurídicos protegidos, mediante la limitación del ejercicio de otros, en aras del bien común y la justa convivencia social.

En definitiva, se dice, ya no hablamos de la limitación de los derechos individuales puramente como ejercicio de una potestad estatal, sino como un deber del Estado de proteger la vigencia de ciertos derechos que, como tales, se reconocen con fundamento de la dignidad humana —como valor supremo (Fallos 34:1236) y rector (Fallos 329:5266) del Estado de derecho—, que merece tutela en el marco del Estado social y democrático de derecho (9).

IV. Desregulación, precisiones terminológicas

Si bien, como se dijo, *desregular* es eliminar las *regulaciones*, una aproximación semántica al término *desregulación* requiere formular algunas precisiones.

Preliminarmente, cabe advertir que la palabra “regular” puede referirse a dos conceptos: “regular” como adjetivo y “regular” como verbo, ambos ciertamente relacionados. En el primer caso, el vocablo refiere a algo que cumple con las normas o reglas establecidas, mientras que, en el segundo, se refiere a la “acción de ajustar o poner en orden algo de acuerdo con ciertas normas o reglas”.

El adjetivo “regular”, según la Real Academia, significa: (i) “ajustado a regla”; indica que algo está conforme a una norma, patrón o cri-

(9) Para ampliar, SAMMARTINO, Patricio Marcelo, “Amparo y Administración, Amparo frente a actos y omisiones de la Administración”. Ed. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2025, segunda edición ampliada y actualizada. p. 216 y ss.

terio establecido. (ii) “uniforme y sin cambios bruscos”: describe algo que se mantiene constante o con pocas variaciones y (iii) “medio o inferior a la media”: puede referirse a algo de tamaño o condición promedio o por debajo de este. Por su parte, el verbo “regular” importa: (i) “ajustar o poner en orden”: implica establecer reglas o normas para algo o alguien, o hacer que algo funcione de acuerdo con ciertas pautas; (ii) “dosificar o medir”: implica determinar la cantidad o proporción adecuada de algo; (iii) “reajustar”.

Con esa proyección, también se utilizan los términos “desregular” y “desregulación”. El vocablo “desregular” se define como eliminar total o parcialmente las normas o reglas de algo, especialmente en el ámbito económico. Por ejemplo, se puede hablar de la desregulación de un mercado para reducir la intervención del gobierno. A su vez, el término “desregulación” se refiere al proceso de eliminar o reducir las regulaciones, especialmente en el ámbito económico.

En ese orden de ideas, en cualquier caso, se advierte que, los términos bajo estudio refieren a conceptos similares, en el sentido que aluden a distintas modulaciones plausibles, en las actividades de, por ejemplo, ajustar, medir, uniformar, etc.; y, además, ciertamente, intensidades y materias también diversas. En tal sentido, como dice Sacristán, estas vertientes diversas del plano del significado podrían sostener distintos roles para el término y, en especial, para dar sentido a su pretendida vocación de servir como fundamento de medidas oficiales (10).

V. El mercado como presupuesto

El mercado es, en primer lugar, como afirma Gelli, un hecho. Un hecho palpable, tangible, reconocible en cualquier lugar y circunstancia. En el mercado convergen intereses que tienden al equilibrio entre los oferentes y los demandantes, lo cual no siempre acaece. Por esa razón, los mercados son complejos y conflictivos (11). Con ese fundamento, el mercado

recibe la atención del derecho, tal como otras relaciones sociales.

En ese entendimiento, las normas que regulan los derechos, junto con aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de la sociedad. Sin que quepa considerar estas cuestiones como compartimentos estancos, dada su inescindible correlación.

Entonces, la Constitución económica representa el soporte material de la actuación de los derechos, pero esa Constitución económica está integrada, en gran medida, por aquellos derechos fundamentales que delimitan el régimen de propiedad, la libertad de empresa, el sistema tributario o el marco de las relaciones sociales y la seguridad social (12).

De ese modo, el art. 42 de la CN dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de competencia nacional, previendo la necesaria participación de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

El citado art. 42 de la CN sienta la regla, entonces, de que los monopolios legales y naturales, aunque admitidos, deben ser controlados; y de asegurar la defensa de la competencia, evitando, en todos los casos, los abusos de posición dominante en los mercados.

(10) SACRISTÁN, Estela, “Libertad, regulación y razones para regular”. RAP, 421.

(11) GELLI, María Angélica, “La transparencia del mercado, una exigencia constitucional”. Ed. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 30 de octubre de 2017.

(12) PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Los derechos fundamentales”, Ed. Tecnos, Madrid, España, sexta edición, ps. 19/20.

Ciertamente, el art. 42 se complementa con lo dispuesto en el art. 75, inc. 19 de la CN que, como sabemos, amplía el poder de policía de bienestar, en cuanto dispone que:

“Corresponde al Congreso:

“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

“Prever al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen”.

Como advierte la doctrina, esta atribución del Congreso federal es de fines. No se indican medios específicos. En consecuencia, se reconoce al Poder Legislativo la posibilidad de elegir alternativas varias y, entre estas, opciones específicas a fin de seleccionar los instrumentos más adecuados para el logro de esos objetivos. Establecer, en suma, políticas conjuntas, alternativas o sucesivas a fin de lograr el bienestar general a través de la legislación que sancione y que usualmente proyecta el Poder Ejecutivo (13).

En suma, el marco convencional y constitucional de la desregulación se integra, sobre la base del principio de la dignidad de la persona humana y la autonomía de la voluntad (art. 1° CIDH). En el mismo andamiaje, se comprenden también el art. 19 CN (principio de reserva de ley), art. 17 (derecho de propiedad), art. 28 (principio de razonabilidad) en la reglamentación de los derechos. De igual modo, arts. 75 incs. 18 y 19 (cláusula de progreso).

VI. Cambio institucional en el mercado y desregulación

Sentado lo anterior, conviene retener sendas premisas. En primer lugar, que la nueva nor-

mativa incorporada en la Constitución Nacional en 1994, especialmente en los artículos antes citados, diseñó perfiles diferentes —aunque no antagónicos— de las personas y sus derechos; del Estado —quizás no menos Estado, sino mejor Estado— y de los factores de poder económico (14). En segundo lugar, que si el problema está en el “mercado” —que es un “marco institucional”— y no en la “competencia” —que es un fenómeno de descubrimiento—, lo que hay que atacar son las “reglas” (instituciones) del mercado para “corregirlo” y, segundo, que en reemplazo de las “viejas” reglas, hay que introducir otras —ningún mercado puede funcionar sin reglas, como vimos al comienzo— pero orientadas a incentivar comportamientos competitivos y no a restringirlos. En esas dos “ideas”, afirma Aguilar Valdez, está condensada gran parte de los dos mecanismos que moldean la reestructuración de la tradicional regulación: por un lado, los fenómenos “correctores” de las deficiencias “institucionales” del mercado, la “liberalización” y la “desregulación” y por otro, la “nueva” forma de ver a la “regulación” no ya como un sustituto de un “modelo” de “competencia perfecta” sino como un medio que permita crear condiciones para que el “proceso de descubrimiento” que esa situación de “rivalidad” importa, tenga lugar (“neo-regulación”) (15).

VII. Fallas de mercado, regulación y desregulación

Ya se dijo que la desregulación supone la eliminación de regulaciones. Empero, recuerda Bustamante, la desregulación es una expresión que comprende diversas situaciones no susceptibles de ser tratadas en común, pues responden a distintas “fallas de mercado” cubiertas por diferentes tipos de regulaciones (16).

Entonces, la problemática que plantea cada “regulación”, según sus fundamentos y funcionamiento, requerirá una determinada es-

(14) Ibidem.

(15) AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en AA. VV., Servicio Público, Policía y Fomento, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2004, ps. 59/121.

(16) BUSTAMANTE, Jorge E., “Desregulación...”, ob. cit., p. 92.

(13) GELLI, María Angélica, “La transparencia del mercado...”, ob. cit.

trategia desregulatoria. En tal sentido, pueden plantearse diferentes alternativas de “desregulación”, según la realidad de cada mercado, a saber:

(i) Ante existencia de un “monopolio natural”, que tradicionalmente se regula bajo la técnica del “servicio público”, es posible una desregulación que indague en mecanismos de competencia; como, por ejemplo, mediante la segmentación horizontal y vertical de un sector, establecimientos indicadores de calidad de servicio, etc.

(ii) En el caso de las asimetrías informativas, que fundamentan las regulaciones paternalistas o de contenido proteccionista, como es el caso de las regulaciones laborales, también es posible su desregulación procurando despejar las pautas burocráticas rígidas que las afectan y/o reduciendo los costos de transacción; por ejemplo, promoviendo las soluciones con acuerdos directos entre los sujetos de la relación laboral.

(iii) Si se trata de externalidades negativas, como ocurre en el caso de las regulaciones ambientales en las que, en rigor, hay ausencia de derechos de propiedad, una solución de mercado consiste en la posible creación de derechos de propiedad (en el sentido coasiano).

(iv) En el supuesto de externalidades positivas de una actividad —regulaciones de fomento—, de igual modo, es dable analizar la creación de derechos de propiedad, procurando indagar en soluciones eficientes (17).

VIII. Desregulación como categoría jurídica

La regulación económica, afirma Cassagne, constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura básicamente —en su dimensión normativa— como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el dere-

cho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios).

La actividad regulatoria de la economía es, sustancialmente, actividad legislativa o reglamentaria, encontrándose sometida a todos los principios, normas y garantías constitucionales (en este ámbito resulta trascendente la garantía de razonabilidad) (18).

IX. Técnicas de la desregulación

Identificado el fenómeno intervencionista, en nuestro país, se ha iniciado un proceso de desregulación que, en línea con los conceptos anteriores, viene llevando a cabo una política pública tendiente a redimensionar el Estado, introducir mayores eficiencias y reducir el gasto público.

En ese entendimiento, el decreto de necesidad y urgencia 370/2023 de “Bases para la reconstrucción de la economía argentina” dispone:

“Desregulación. “El Estado Nacional promoverá y asegurará la vigencia de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respecto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes y servicios” (art. 2° ib.)

A esos fines, se crea el ministerio de desregulación y transformación del Estado que tiene a su cargo “todo lo concerniente a los cursos de acción para la implementación de la desregulación, reforma y modernización del Estado en miras a redimensionar y reducir el gasto público y aumentar la eficiencia y eficacia de los organismos que conforman la Administración Pública Nacional, la transformación de gestión, la simplificación del Estado, el diseño y ejecución de políticas relativas al empleo público” (19).

(18) CASSAGNE. Juan Carlos, “La desregulación de actividades”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, año 3, n.º 7/8, mayo-diciembre 1992.

(19) La Ley de Ministerios en Argentina se actualizó mediante decretos durante 2024, principalmente con el dec. 110/2024 y el dec. 301/2024 que modificaron la ley 22.520 (texto ordenado por el dec. 438/1992) y sus modificatorias posteriores.

(17) BUSTAMANTE, Jorge E., “Desregulación...”, ob. cit., p. 105.

Esta política pública, establece como mecanismos de la desregulación (i) simplificar y reducir el Estado, con el objetivo de eliminar tareas innecesarias, duplicadas y/u obsoletas; (ii) elaborar políticas tendientes a aumentar la competitividad, eliminar cargas burocráticas, facilitar el funcionamiento de los mercados, impulsar el crédito, disminuir regulaciones y controles, aumentar la libertad económica y disminuir los costos del sector privado y productivo, (iii) impulsar las acciones para el dictado de actos administrativos que propicien la simplificación y/o supriman las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como aquellas exigencias normativas que distorsionen los precios de mercado; (iv) participar en la revisión de esquemas tributarios, exenciones impositivas y regímenes especiales que generen privilegios o distorsiones en el funcionamiento de los mercados y la economía; (v) impulsar reformas estructurales que impulsen la creación de empleo privado, el desarrollo económico, la equiparación de las estructuras tributarias y la eliminación de los privilegios; (vi) elaborar propuestas para la reorganización del Sector Público Nacional con el objeto de lograr mayor economía, eficiencia, eficacia y racionalización de sus estructuras administrativas y reducir su actual sobredimensionamiento y (vii) proponer la implementación de medidas encaminadas a mejorar la calidad y eficiencia de la gestión y el gasto público.

Las políticas desregulatorias deben promover el perfeccionamiento de la organización y el funcionamiento de la administración, con el objetivo de reducir el gasto público y propender a una administración pública moderna y eficiente. En ese sentido, se prevé: (i) coordinar y controlar las acciones relativas a la reforma, transformación y modernización del Estado que se desarrollen en toda la organización estatal; (ii) definir y monitorear los temas vinculados a la simplificación de trámites y procesos de la administración, con especial foco en aquellos concernientes al sector productivo nacional en coordinación con las áreas sustanciales en la materia; (iii) impulsar los principios de calidad regulatoria y la aplicación de estándares internacionales en materia de simplificación y desburocratización de trámites y procesos de la administración; y (iv) promover procesos de reforma y modernización transversales a todos los sectores públicos de las distintas jurisdicciones, destinados a impulsar una

agenda común de mejora regulatoria que incluya políticas de revisión normativa, desregulación, simplificación y desburocratización, fomentando el uso de herramientas tecnológicas.

La desregulación importa también, entre otras medidas, dictar reglamentos para modificar y/o eliminar trámites y normativas que establezcan una carga administrativa excesiva o que incumplan con la política de calidad regulatoria vigente.

De igual modo, compete a la autoridad desregulatoria incorporar y mejorar la implementación de los canales y plataformas digitales a fin de alcanzar un gobierno digital y tecnológico al servicio del ciudadano y del sector productivo.

X. A modo de conclusión

Los términos “regulación” y “desregulación”, si bien empleados más frecuentemente por economistas y, en los últimos años, utilizados también en el ámbito del derecho público para referir a las medidas adoptadas para llevar a cabo las reformas en el Estado, no implican una modificación de los conceptos jurídicos tradicionales toda vez que, en rigor, las regulaciones son reglamentaciones al ejercicio de los derechos constitucionales y no importan una categoría jurídica nueva.

Teniendo en cuenta esa advertencia, empero, el empleo de las expresiones “regulación” y “desregulación” es útil para distinguirlas de la clásica “reglamentación” de derechos a la que alude la dogmática jurídica (20).

En ese entendimiento, el dictado del DNU 70 (BO 21/12/2023) de “Bases para la reconstrucción de la economía argentina” en cuanto dispone la “desregulación” (21), no importa el re-

(20) BUSTAMANTE, Jorge, E., “Desregulación...”, ob. cit., p. 58.

(21) El art. 2° del DNU 70/2023 dispone: “Desregulación”. “El Estado Nacional promoverá y asegurará la vigencia efectiva, en todo el territorio nacional, de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo. Para cumplir ese fin, se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que

tiro del Estado de su rol de dirección y gobierno; ni tampoco trae aparejado la negación o mengua del ejercicio del poder de policía que corresponde al Estado, sino un repliegue en cuanto a la tendencia de sustituir los mecanismos de mercado por decisión política.

distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda. La reglamentación determinará los plazos e instrumentos a través de los cuales se hará efectiva la desregulación dispuesta en el párrafo anterior”.

Como afirma Cassagne, *el proceso desregulatorio no significa que el Estado abdique de dictar aquellas normas de limitación que pertenecen al llamado poder de policía, con el objeto de alcanzar la compatibilidad de los intereses y derechos privados con el bien común o interés general. “Sin dicha armonización no hay orden institucional y sin dicho orden no hay mercado” (22).*

(22) CASSAGNE. Juan Carlos, “La desregulación de actividades...”, ob. cit., ps. 7/8.

Estado, regulación e innovación

Una visión schumpeteriana sobre por qué la regulación debe promover la innovación

Nicolás Bonina (*)

Sumario: I. La regulación estatal en un mundo exponencial.— II. Regulación estatal para promover la innovación.— III. El principio guía: *ex facto oritur ius*.— IV. Regular vs. desregular: esa no es la cuestión.— V. Barreras que caen: la perspectiva de Deloitte.— VI. Recomendaciones.— VII. Palabras finales.

I. La regulación estatal en un mundo exponencial

Tradicionalmente, la función regulatoria se ha enfocado en la mitigación de riesgos para los consumidores y en garantizar la competencia leal. Sin embargo, los cambios radicales actuales **(1)** a nivel de tecnología e innovación están desplazando este enfoque reactivo hacia una postura regulatoria proactiva, orientada a anticipar la innovación y fomentarla **(2)**.

Por esta razón, hoy se espera que el regulador combine protección al consumidor con un rol catalizador de la innovación. Este doble mandato genera cierta tensión: proteger a ciudadanos y

mercados sin que las reglas frenen la innovación y el crecimiento **(3)**.

En este contexto, seguir regulando como se hizo históricamente —como si el mundo fuera estable y para preservar equilibrios estáticos— nos condena a la obsolescencia regulatoria y obstaculiza la innovación empresarial.

En este mundo digital, en constante cambio y evolución tecnológica, considero que una de las funciones centrales de la regulación estatal debe ser habilitar y promover la innovación.

II. Regulación estatal para promover la innovación

Para Joseph A. Schumpeter, el desarrollo económico se da gracias a la innovación que introducen los empresarios-innovadores. Este desenvolvimiento económico “se define por la puesta en práctica de nuevas combinaciones” **(4)** que este economista clasifica en: “1) La introducción de un nuevo bien [...] o de una nueva calidad de un bien. 2) La introducción de un nuevo método de producción [...]. 3) La apertura de un nuevo mercado [...]. 4) La conquista de una nueva fuente de aprovisionamiento de materias primas o de bienes semimanufacturados [...]. 5) La creación

(*) Abogado (UBA) y consultor especializado en sector público, infraestructura, derecho digital y tecnología. Docente. Autor de diversos libros y artículos de su especialidad. Fundador de LexRock, cofundador de la Alianza Latinoamericana para la Innovación Legal y consultor en PASBBA Abogados.

(1) El mundo actual se ha denominado VICA, por ser volátil, incierto, complejo y ambiguo, lo que genera incertidumbre y actualmente ya se habla del concepto BANI, por las palabras inglesas brittle (quebradizo), anxious (generador de ansiedad), Non-linear (no lineal) e incomprensible (incomprensible).

(2) EGGERS, William D. - JOERGENSEN, Carsten - WALSH, Sam J. - KISHNANI, Pankaj, “Regulation that enables innovation”, en Deloitte, 23/03/2023, disponible en: <https://www.deloitte.com/us/en/insights/industry/government-public-sector-services/government-trends/2023/regulatory-agencies-and-innovation.html>.

(3) EGGERS — JOERGENSEN — WALSH - KISHNANI, “Regulation that enables innovation”, ob. cit.

(4) SCHUMPETER, Joseph A., “Teoría del desenvolvimiento económico”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 2012, p. 76.

de una nueva organización de cualquier industria...” (5).

El resultado es una dinámica competitiva donde las rachas de innovación crean nuevo valor y, a la vez, desbordan el *statu quo*.

Esta dinámica “imprime la necesidad de las empresas de mantenerse en la frontera tecnológica” (6) innovando o adaptando nuevas ideas “para poder sobrevivir a la competencia. Las empresas en consecuencia, en dicho entorno están forzadas a innovar, adaptarse o sucumbir” (7).

De allí se desprende “la difundida idea schumpeteriana de la ‘destrucción creativa’, donde las innovaciones van desplazando o reubicando a los bienes que sustituyen o reemplazan. Este es un proceso por el cual [...] las empresas que innovan, o se adaptan rápidamente, crecen, mientras que las que no logran hacer alguna de esas actividades van desapareciendo” (8).

Si aceptamos que esta idea de que la innovación es el motor de la sociedad y que opera vía destrucción creativa, la política pública no puede centrarse únicamente en preservar equilibrios estáticos. Debe crear condiciones para que las nuevas combinaciones emerjan, se prueben y escalen con seguridad, trazabilidad y responsabilidad.

Pongamos por ejemplo las regulaciones sobre inteligencia artificial. Mientras en algunos casos los gobiernos recién están intentando definir qué es inteligencia artificial y sus potenciales riesgos, por otro lado, la tecnología ya está en condiciones de permitir el comercio entre agentes de IA, que podrán comprar y vender por nosotros, con mínima o nula intervención humana. Esto significa que, en un futuro cercano, el comercio no

será entre seres humanos y ni siquiera entre un humano y un agente de IA: el comercio será directamente entre agentes de IA.

¿Qué pasará entonces con las regulaciones comerciales cuando el comercio sea solo sea entre agentes de IA? ¿Estaremos ante el inicio de una nueva Lex Mercatoria? (9).

Pongamos otro ejemplo: las DAOs. Una DAO (Decentralized Autonomous Organization) es una estructura organizativa nativa digital que opera sin una autoridad central. Esta entidad está gobernada por una comunidad y opera, coordina decisiones y administra una tesorería *on-chain* mediante un conjunto específico de reglas programadas en *smart contracts* sobre una *blockchain*. La gobernanza la ejercen sus miembros (titulares de tokens de gobernanza) a través de propuestas y votación transparente, y la ejecución se automatiza según el resultado de esas votaciones, minimizando la intermediación humana (10).

En el caso “Sarcuni v. bZx DAO” (11) un tribunal federal de distrito del Distrito Sur de California sostuvo que “bZx DAO y su sucesora, Ooki DAO, debían ser subsumidas como una general *partnership* y que los inversores titulares de tokens de la DAO debían ser considerados sus socios” (12).

Pero ¿realmente podemos regular a las DAOs con nuestra Ley de Sociedades que data de

(5) SCHUMPETER, “Teoría del desenvolvimiento económico”, ob. cit., p. 77.

(6) O’CONNOR, Ernesto A. - RESICO, Marcelo, “Competitividad, innovación schumpeteriana y rentismo ante la revolución digital”, en Revista de Instituciones, Ideas y Mercados N° 73, marzo 2022, ps. 39-60, especialmente, p. 46.

(7) O’CONNOR - RESICO, “Competitividad, innovación schumpeteriana y rentismo ante la revolución digital”, ob. cit., p. 46.

(8) O’CONNOR Y RESICO, “Competitividad, innovación schumpeteriana y rentismo ante la revolución digital”, ob. cit., p. 46.

(9) Tal como mencionaba María del Sagrario Navarro Lérica en el panel PANEL XI: DAOs: calificación jurídica del Primer Congreso Internacional Derecho y Tecnología Web3 aplicada a los Negocios de la Universidad Austral.

(10) Coinbase, “¿Qué son las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAO)?”, disponible en: <https://www.coinbase.com/es-es/learn/crypto-basics/what-are-decentralized-autonomous-organizations>.

(11) “Sarcuni v. bZx DAO”, 2023 U.S. Dist. LEXIS 52245, United States District Court for the Southern District of California, 27/03/2023, Filed Case No.: 22-cv-618.

(12) CABANA, R. Sebastián - HANSEN, M. Cecilia, “Las DAO y el Derecho: descentralización en el nuevo orden jurídico”, disponible en: <https://dialogos.justiciajuju.gov.ar/index.php/dvj/article/view/24/26>.

1972? **(13)** ¿Una DAO es equiparable a una sociedad de hecho o a una LLC **(14)**?

Estos son algunos ejemplos de una problemática que solo irá *in crescendo*. No podemos utilizar regulaciones pensadas para un mundo que ya no existe más. Porque en un mundo en constante cambio y una rápida y radical evolución tecnológica, debemos repensar la actividad regulatoria para que permita y hasta fomente lo desconocido.

III. El principio guía: *ex facto oritur ius*

El aforismo latino, *ex facto oritur ius* (del hecho nace el derecho) condensa una idea simple: la realidad crea las condiciones que el derecho debe capturar. Utilizar este aforismo como brújula en materia regulatoria evita el error de pretender que la regulación “congele” la innovación para preservar un *status quo* que cambia rápido y radicalmente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) inmortalizó este principio en el caso “Sejean” **(15)**, en el que dejó claro que los procesos históricos impulsan los cambios normativos para que se adecúen a la realidad.

Esto es importante porque cuando las *startups* no encuentran un marco regulatorio favorable en el país, terminan incorporándose en otra jurisdicción que les proporcione mayor seguridad y previsibilidad regulatoria.

Innovar es una actividad de alto riesgo, por eso es necesario que el Estado proporcione la mayor seguridad y previsibilidad regulatoria posible, para minimizar los riesgos y costos exógenos —regulatorios— del emprendimiento **(16)**.

(13) Estos y otros interrogantes propusieron Daniel Vitolo, María del Sagrario Navarro Lérica y Alejandro Ramírez, en el panel PANEL XI: DAOs: calificación jurídica del Primer Congreso Internacional Derecho y Tecnología Web3 aplicada a los Negocios de la Universidad Austral.

(14) Ver Wyoming Decentralized Autonomous Organization Supplement a la Wyoming Limited Liability Company Act.

(15) CS, Fallos: 308-II:2268 (1986).

(16) La innovación debería ser una política de Estado para Argentina. Convertir al país en un polo tecnológico y de innovación en la región no solo incrementará el ingreso de divisas por inversión externa, sino también será una gran ventaja competitiva.

IV. Regular vs. desregular: esa no es la cuestión

En materia regulatoria, históricamente el debate se ha dado por la dicotomía entre regulación vs. desregulación **(17)**. Con frecuencia se afirma que la regulación inhibe la innovación y el crecimiento mientras que la desregulación los incentiva. Esta oposición binaria resulta una sobre simplificación de la problemática subyacente. La realidad es más compleja, por eso un enfoque más útil debe trasladar el debate de “regular vs. desregular” hacia “riesgo vs. incertidumbre” **(18)**.

Como sostenía Gordillo, “[l]a vida en sociedad supone necesariamente la regulación de la conducta de los individuos y grupos de personas: El problema es dónde poner el justo medio que se adecue a cada época y a cada situación. Es el eterno dilema de cuánta libertad y cuánta auto-ridad” **(19)**.

Esta es la gran cuestión: dónde establecer el justo medio regulatorio que se adecúe a cada época y a cada situación.

Innovar es una actividad de riesgo, pues implica explorar y desarrollar nuevos productos, servicios, nuevos métodos de producción, nuevas fuentes de insumos, nuevos mercados o modelos de negocio que tienen el potencial de asegurar el crecimiento de una organización —y de una economía— a largo plazo, pero con la posibilidad de fracasar en el intento, perder tiempo, dinero y recursos. Innovar incrementa el riesgo y la incertidumbre. Esto es lo contrario a lo que suelen buscar las organizaciones ya establecidas que es minimizar riesgos, incrementar la rentabilidad y la eficiencia **(20)**.

El marco regulatorio puede facilitar o impedir las posibilidades de una empresa para innovar y

(17) HENG, Julie, “Moving Beyond the Regulation/Deregulation Trap”, en “CSIS (Center for Strategic & International Studies”, 20/02/2025, disponible en: <https://www.csis.org/blogs/perspectives-innovation/moving-beyond-regulation-deregulation-trap>.

(18) HENG, “Moving Beyond the Regulation/Deregulation Trap”, ob. cit.

(19) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, FDA, Buenos Aires, 2009, 9ª ed., T. 2, Cap. VII, ps. 1-2.

(20) Esto se conoce como el dilema del innovador y fue descrito por CHRISTENSEN, Clayton en su libro El dilema del innovador en 1997.

escalar. Por esta razón, en la época actual en la que innovar es no solo importante para el sector privado, sino para las sociedades y la economía en general, la actividad regulatoria no debe enfocarse solo en minimizar riesgos para los usuarios y consumidores; al regulador también se le exige que fomente la innovación, para que se convierta progresivamente en una ventaja competitiva geopolítica: los países que fomentan la innovación obtienen una ventaja competitiva sobre el resto.

V. Barreras que caen: la perspectiva de Deloitte

En su informe *Regulation that enables innovation* (21), Deloitte identifica la caída de las siguientes barreras:

- “Innovación vs. seguridad del consumidor: la protección de los usuarios no debería darse a costa de frenar la innovación. Los reguladores están usando herramientas como *sandboxes* y aceleradoras para resguardar a los usuarios mientras crean condiciones favorables para nuevas tecnologías y modelos de negocio.

- “Velocidad vs. regulación efectiva: una regulación eficaz no debería tomar años de redacción. Los instrumentos de *soft law* —guías, lineamientos y estándares— pueden adaptarse con rapidez a los nuevos modelos de negocio.

- “Entidades reguladas vs. reguladores: abordar la regulación desde la lente de la experiencia del cliente y aplicar un enfoque basado en riesgos mejora la relación entre las empresas y las autoridades.

- “Mayor protección al consumidor vs. menores cargas regulatorias: se puede reducir burocracia sin perder salvaguardas para los usuarios. La digitalización agiliza los procesos regulatorios. Los reguladores pueden colaborar proactivamente con las empresas y *startups* reguladas para co-crear estándares y guías que permitan proteger a los consumidores sin imponer cargas innecesarias”.

Esto último es sumamente importante. En todos los foros de *startups* y tecnología siempre se escucha lo mismo: *los reguladores deben escuchar a los emprendedores, porque estos últimos*

son los que mejor conocen la tecnología y las tendencias que vienen.

VI. Recomendaciones

A continuación, enumeraré una serie de recomendaciones tomadas del informe de Deloitte *Regulation that enables innovation* y del *Reporte Recommendation of the Council for Agile Regulatory Governance to Harness Innovation* de la OCDE, para que la regulación favorezca y promueva la innovación:

- *Regular para aclarar o mitigar riesgos y para promover la innovación:* las *startups*, empresas y *stakeholders* dependen de los marcos regulatorios para establecer sus expectativas de riesgos (22). Si bien esto es cierto en cualquier marco regulatorio, se vuelve más necesario en el sector de la tecnología e innovación donde el riesgo propio de la innovación y del emprendimiento tecnológico suele ser muchas veces incierto. Por esta razón, la función de la regulación en el sector tecnología e innovación debiera ser aclarar o mitigar riesgos, tanto para los usuarios/consumidores como para las *startups*, emprendedores, empresas e inversores.

- *Establecer mecanismos y herramientas que promuevan la innovación:* “los reguladores deben evolucionar para adaptarse a nuevos modelos de negocio innovadores” (23). En los próximos años, la tecnología *blockchain*, la inteligencia artificial generativa y la computación cuántica generarán modelos de negocio que no podemos imaginar siquiera hoy en día. El regulador debe adaptarse rápidamente a estos cambios y ser flexible a los nuevos modelos de negocio, sin pretender “congelar” el *statu quo*.

- *Implementar entornos de prueba seguros:* los *sandboxes* “son entornos de prueba seguros en los que los innovadores pueden ver cómo se desarrollan sus invenciones con cierta libertad regulatoria y protecciones apropiadas para el consumidor” (24). Además, “[e]l uso de tales herramientas indica a los inversores que los reguladores están dispuestos a apoyar la innovación, mientras observan de cerca cómo se desarrolla

(22) Ibidem.

(23) Ibidem.

(24) Ibidem.

(21) EGGERS — JOERGENSEN — WALSH — KISHNANI, “Regulation that enables innovation”, ob. cit.

el mercado” (25). Esto último fomenta la inversión en las *startups* innovadoras.

- *Reducir los costos del compliance regulatorio hasta que haya mercado:* a través de los *sandboxes*, se pueden reducir los costos del *compliance* regulatorio mientras se protege a los usuarios/consumidores, hasta que se determinen con mayor precisión los riesgos del nuevo modelo de negocio. De esta manera, hay menos barreras de entrada para innovar, sin dejar totalmente librados a su suerte a los consumidores. Esto evita que las *startups* en sus primeras etapas deban hacer una gran inversión en *compliance* regulatorio cuando todavía no saben si existe mercado para traccionar su producto o servicio.

- *Incentivar a innovar y a invertir en innovaciones:* “los incentivos forman mercados. Los reguladores pueden incentivar la inversión en innovaciones a través de una serie de herramientas directas e indirectas” (26). La política regulatoria de emprendimientos, tecnología e innovación debería prever no solo la función de protección del usuario/consumidor, sino también la de generar incentivos para que haya más emprendedores e inversores invirtiendo en tales innovaciones.

- *Respaldo y establecer estándares para impulsar el crecimiento y la convergencia:* “los estándares contribuyen a una formulación de políticas flexible y ágil. Los estándares también fomentan la colaboración, permiten que las tecnologías interactúen entre sí y brindan a los consumidores bases de calidad aceptadas. Pueden ser una herramienta poderosa” (27).

- *Agilizar los procesos regulatorios (28):* la tecnología y los modelos de negocio evolucionan rápido en esta era, debido al constante cambio y avance tecnológico. Los reguladores deben agilizar los procesos regulatorios y de otorgamiento de permisos y licencias para operar. Además, los mismos emprendedores pivotan sus ideas y modelos de negocio a medida que validan si traccionan o no en la realidad. Por ello es necesario que el procedimiento regulatorio sea ágil, rápido

y flexible ante los necesarios cambios que genera el avance tecnológico.

- *Ajustar las herramientas de gestión regulatoria para garantizar que las regulaciones sean adecuadas para el futuro:* a tal efecto, la OCDE recomienda “1) desarrollar ciclos de evaluación regulatoria más adaptativos, iterativos y flexibles, al tiempo que se capitalizan soluciones tecnológicas para mejorar la calidad de la evidencia; 2) establecer mecanismos para la participación del público y de las partes interesadas en el proceso regulatorio, incluidos los ciudadanos y las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) innovadoras, así como las empresas de nueva creación, desde una etapa temprana y durante todo el ciclo de políticas para mejorar la transparencia, generar confianza y capitalizar diversas fuentes de experiencia; 3) considerar el ecosistema de innovación internacional para aprovechar la evidencia y los enfoques regulatorios más relevantes” (29).

- *Desarrollar marcos de gobernanza para permitir el desarrollo de una regulación ágil y preparada para el futuro mediante:* “1) desarrollar o adaptar marcos de gobernanza y enfoques regulatorios para que tengan visión de futuro, desarrollando la capacidad institucional y asignando mandatos claros en consecuencia, realizando exploraciones de horizontes y análisis de escenarios sistemáticos y coordinados, anticipando y monitoreando las implicaciones regulatorias de las innovaciones de alto impacto y fomentando el aprendizaje y la adaptación continuos; 2) desarrollar enfoques regulatorios más centrados en los resultados para permitir que la innovación prospere aprovechando las oportunidades que ofrecen las tecnologías digitales y el *big data*; 3) aprovechar, siempre que los resultados correspondientes puedan controlarse adecuadamente, las oportunidades que ofrecen los enfoques jurídicamente no vinculantes, ya sea como alternativa o como complemento de otros instrumentos reguladores; 4) permitir una mayor experimentación, pruebas y pruebas para estimular la innovación bajo supervisión regulatoria” (30).

(25) Ibidem.

(26) Ibidem.

(27) Ibidem.

(28) Ibidem.

(29) OCDE, “Recommendation of the Council for Agile Regulatory Governance to Harness Innovation”, 06/10/2021, disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0464>.

(30) OCDE, “Recommendation of the Council for Agile Regulatory Governance to Harness Innovation”, ob. cit.

VII. Palabras finales

En la era actual, la innovación puede convertirse en el motor del crecimiento sostenible e inclusivo. *Esto cambia el rol tradicional del Estado regulador: de administrador del statu quo a arquitecto de condiciones para lo desconocido.* En clave schumpeteriana, la destrucción creativa empuja el progreso y genera bienestar cuando existe un marco que habilita a los innovadores a probar, escalar y competir sin trabas artificiales, con seguridad, trazabilidad y responsabilidad, a la vez que se protege y resguarda los derechos de los usuarios y consumidores.

En contextos de alta incertidumbre, la política regulatoria efectiva no es la que intenta anticipar y congelar soluciones, sino *la que aprende y pivotea rápido.* Ello exige pasar de la dicotomía “regular vs. desregular” al eje “riesgo vs. incertidumbre”. *El regulador debiera enfocarse en reducir la incertidumbre, identificar y delimitar los*

riesgos, tanto para usuarios, consumidores, emprendedores, inversores y stakeholders.

De esta manera, el derecho podrá seguir a los hechos sin llegar tarde: protegerá a consumidores y a la competencia, a la vez que catalizará la inversión y la adopción de nuevas tecnologías y modelos de negocio.

El Estado no tiene que adivinar el futuro; tiene que permitir que ocurra en condiciones de confianza. Un marco regulatorio ágil, basado en riesgos y medible es la condición necesaria para que la energía creativa del sector privado se traduzca en crecimiento, inclusión y sostenibilidad. Esta es la verdadera ventaja competitiva de un país que decide regular lo desconocido sin frenar su potencial.

Porque, como reza la frase atribuida a Abraham Lincoln y a Peter Drucker, *la mejor forma de predecir el futuro es creándolo...*

Desafíos regulatorios de la inteligencia artificial

Un breve análisis sobre la regulación de la IA Generativa en la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires

Guillermo Ciserchia (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Algunas referencias al marco normativo en el orden nacional: la ley 25.326, sus principios rectores y el desarrollo de la IA.— III. Marco de gestión de la inteligencia artificial en la Administración pública bonaerense.— IV. Directrices de Uso de IA Generativa en la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires.— V. Sobre el tratamiento de la información pública y su confidencialidad.— VI. Protección de los datos e incidentes de seguridad.— VII. Conclusión: Prácticas correctas y concientización.

I. Introducción

La irrupción de la inteligencia artificial (IA) en diversos ámbitos de la sociedad plantea desafíos jurídicos complejos en lo que respecta, entre otros aspectos, a la protección de datos personales, tanto en el ámbito público como en el privado (1).

En este escenario, resulta clave analizar cómo se articulan los marcos normativos existentes con nuevas propuestas regulatorias orientadas a un uso responsable y ético de estas herramientas.

A partir de esta base, se propone explorar el impacto y proyección del fenómeno tomando como caso paradigmático las recientes Directri-

ces de Uso de IA Generativa en la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires analizando sus principios orientadores (2).

En particular, nos interesa detenernos sobre las posibles tensiones entre la noción de confidencialidad e información pública, así como los desafíos que impone la implementación efectiva de políticas que busquen garantizar la transparencia, la responsabilidad y la protección de los datos personales y sensibles que maneja el Estado.

(*) Abogado (UNLP) y magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado UNLP y UCALP.

(1) Entre otros y por todos, ver: BORRELLI, J. C., "Acerca de las nuevas tecnologías, su impacto en la protección de datos personales y la ausencia de necesidad de nueva normativa imperativa", Ed. La Ley, DFT, 2025 (julio), p. 3.

(2) RESO-2025-4-GDEBA-SSGDMGGP (cfr. Anexo: IF-2024-44280696-GDEBA-DPIDMGGP), BOPBA 14-02-25. Un análisis de la norma puede verse entre otros en BATISTA, Alejandro, "Resolución SSGD 4/2025. Directrices IAGen en la AP de la Provincia de Buenos Aires", <https://www.linkedin.com/pulse/resoluci%C3%B3n-ssgd-n-42025-directrices-iagen-en-la-ap-de-batista-zoff/?trackingId=71HO9qB6RxyLYmuwnX1pkQ%3D%3D>, ZAMORA, C.; BORELLI J., "Una reseña valorativa de las nuevas directrices de la Provincia de Buenos Aires sobre el uso de la Inteligencia Artificial en la Administración Pública", Suplemento Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, agosto de 2025 - Nº 3, La Ley, Cita: TR LALEY AR/DOC/1868/2025.

II. Algunas referencias al marco normativo en el orden nacional: la ley 25.326, sus principios rectores y el desarrollo de la IA

Sancionada en el año 2000, la ley 25.326 (3) tiene como objetivo central la protección integral de los datos personales que se encuentran asentados en archivos, registros, bases de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos ya sean públicos o privados.

Si bien resultó un instrumento de avanzada para la época, sus 25 años de vigencia evidencian la necesidad de una adaptación a las nuevas realidades, destacando entre sus principios fundamentales los de:

- Finalidad: el tratamiento de datos personales debe obedecer a un propósito determinado, explícito y legítimo.

- Calidad de los datos: los datos personales deben ser exactos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad para la que fueron recolectados.

- Consentimiento: el tratamiento de datos personales requiere el consentimiento libre, expreso e informado del titular, salvo las excepciones previstas en la ley.

- Seguridad: el responsable del tratamiento de datos debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar su confidencialidad e integridad.

Sumándose al derecho de las personas a acceder a la información que se haya recabado sobre ellas, a rectificarla en caso de ser inexacta o incompleta, y a solicitar su supresión cuando corresponda.

Desde esta plataforma y ante el inexorable avance en el desarrollo de sistemas de IA, se han ido desplegando una línea de trabajo tendiente a adaptar la regulación a esta nueva realidad.

Con este enfoque se anotan entre otras las “Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable” (4) dictadas por Subsecretaría de

tecnologías de la información de la Nación que incorpora como dimensiones claves en la implementación de proyectos de IA los principios de: transparencia y explicabilidad, seguridad y protección, equidad y no discriminación, derecho a la intimidad y protección de datos, supervisión y decisión humanas, sensibilización y educación, responsabilidad y rendición de cuentas (5).

La norma propone un marco ético orientado a garantizar que las tecnologías de IA sean centradas en el ciudadano, promuevan la soberanía tecnológica argentina y potencien la innovación, el desarrollo y la producción local.

Destaca los beneficios potenciales de la IA en el sector público (eficiencia administrativa, calidad de servicios en salud, educación, seguridad, transporte y medioambiente) y en el ámbito productivo (innovación, valor agregado, productividad, exportaciones), al tiempo que reconoce los riesgos ligados a la automatización, la discriminación y el uso de datos personales.

En cuanto a las orientaciones prácticas, promueve que los proyectos de IA en el Estado adopten un enfoque multidisciplinario e integrado desde la concepción del proyecto hasta su operación, enfatizando siempre el control humano y la responsabilidad directa de las personas sobre las decisiones tecnológicas.

Se subraya la necesidad de prevenir sesgos algorítmicos, asegurar la transparencia y explicabilidad, evaluar riesgos y protección de derechos fundamentales, así como garantizar la equidad y no discriminación a lo largo de todo el ciclo de vida de la IA. Adicionalmente, se recomienda conformar equipos diversos, distinguir claramente la ejecución por algoritmos de la atribución de responsabilidad humana, y contemplar aspectos como formación, reubicación de personal y accesibilidad web en proyectos de automatización

Por otra parte la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), órgano de aplicación de la ley 25.326, crea el “Programa de transparencia y protección de datos personales en el uso de la

(3) <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-xos/60000-64999/64790/texact.htm>

(4) <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-xos/380000-384999/384656/norma.htm>

(5) Aprobada por DI-2023-2-APN-SSTI#JGM (BO 2/06/2023).

Inteligencia Artificial” (6) cuyo objetivo es garantizar el ejercicio efectivo de los derechos ciudadanos en esta materia, alineándose con los principios ya mencionados e impulsando “[...] procesos de análisis, regulación y fortalecimiento de capacidades estatales necesarias para acompañar el desarrollo y uso de la inteligencia artificial, tanto en el sector público como en el ámbito privado, garantizando el efectivo ejercicio de los derechos de la ciudadanía en materia de transparencia y protección de datos personales” (7).

Recalca que la adopción de estos sistemas debe tener presente la importancia de la privacidad y protección de los datos personales en lo referido a la recopilación, utilización, sesión, archivo y supresión de datos personales, respetando los marcos jurídicos nacionales, regionales e internacionales pertinentes.

Destaca también que “[...] resulta necesario fortalecer las capacidades institucionales que permitan incorporar la transparencia y la protección de datos personales como dimensiones sustantivas y transversales al diseño de proyectos de desarrollo tecnológico en materia de inteligencia artificial”.

Fija como uno de sus pilares denominado “Componente 3: Fortalecimiento de capacidades en Transparencia y Protección de Datos Personales en el uso de la IA” las líneas de acción para lograr tal objetivo, a saber:

- Guías de buenas prácticas para entidades públicas y privadas en materia de transparencia y protección de datos personales en el uso de la IA.

- Capacitaciones y asistencia técnica en materia de transparencia y protección de datos personales en el uso de la IA.

- Campañas de sensibilización, alfabetización mediática e informacional.

- Documentación de los Sistemas de Decisiones Automatizados (SDA) y publicación de los criterios de transparencia en el Portal Nacional de Transparencia.

(6) <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/385000-389999/389231/norma.htm>

(7) Cfr. RESOL-2023-161-APN-AAIP (BO 4/09/2023).

Como resultado, en el año 2024 la AAIP publicó la “Guía para entidades públicas y privadas en materia de Transparencia y Protección de Datos Personales para una Inteligencia Artificial responsable” (8), siendo su objetivo “[...] atender riesgos y preocupaciones durante el uso de la Inteligencia Artificial (IA), tanto en los procesos que buscan personalizar experiencias de usuarios, tomar decisiones basadas en evidencia, como en aquellos orientados a automatizar procesos, reducir tiempos y mejorar resultados” (9).

Lo señalado es solo un recorte de un andamiaje legal que se encuentra en plena construcción, modificándose y perfeccionándose frente a una realidad tecnológica que reiteramos es de incesante y vertiginoso cambio.

Esa regulación en el orden nacional tiene impacto en el provincial, alertándonos sobre algunos de los principales lineamientos a tener en cuenta al regular el uso de IA, brindando un insumo clave para proyectar una regulación local especialmente en el ámbito de la Administración pública.

III. Marco de gestión de la inteligencia artificial en la Administración pública bonaerense

En la provincia de Buenos Aires se estableció por el DECRE-2024-3-GDEBA-PBA (10) que la Dirección Provincial de Innovación Digital sería la estructura competente en materia de políticas vinculadas al desarrollo de inteligencia artificial (IA), teniendo como fin “[e]laborar, diseñar y coordinar las medidas necesarias para el desarrollo de un plan de transformación e innovación con el objeto de implementar el Plan Estratégico de Modernización de la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires” (11).

Dentro de su estructura se dio forma a la Dirección de Digitalización e Inteligencia Artificial,

(8) chrome-extension://efaidnbmnnnbpcajpcglclefindmkaj/https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/aaip-argentina-guia_para_usar_la_ia_de_manera_responsable.pdf

(9) Cfr. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/guia-de-la-aaip-para-usar-la-inteligencia-artificial-de-manera-responsable>.

(10) <https://normas.gba.gob.ar/documentos/xknj9wUA.html>

(11) Refiere a la ley 14.828 (BO 29/07/2016).

con la misión entre otros de “[p]lanificar, coordinar, desarrollar e impulsar una estrategia provincial de Inteligencia Artificial (IA) en colaboración con otros organismos con competencias en la materia” (12), fijando como uno de sus objetivos el de “[e]laborar y proponer normativa, aspectos éticos y regulación en materia de IA, para la mejora de los procesos de cara a la ciudadanía”.

Para su cumplimiento la Dirección elaboró las Directrices de Uso de IA Generativa en la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires (13) (14), considerando que “[...] la masificación y popularización de la inteligencia artificial generativa (IAGen) conlleva un sinnúmero de ventajas facilitando las labores administrativas, pero a su vez representando un desafío por los riesgos y responsabilidades que aparea”.

Puntualmente destaca que “[...] resulta imprescindible trazar lineamientos claros que sirvan de parámetros para los organismos públicos provinciales, que quieran utilizar de forma responsable y adecuada cualquier sistema de inteligencia artificial generativa de forma equilibrada, respetando los derechos de los ciudadanos, en consonancia con los valores éticos e institucionales que impulsan esta Administración”.

Con esa misión se establecen esas directrices promoviendo el uso de la IA para mejorar la gestión y la eficiencia de la Administración pública, atendiendo no solo a los principios imperantes en la ley 25.326, sino también a lo establecido por la DI-2023-2-APN-SSTI#JGM —“Recomenda-

ciones para una inteligencia artificial fiable”—, las leyes 14.214, ley 12.475 y dec. reg. 2549/2004, res. 16/2007 (15).

IV. Directrices de uso de IA generativa en la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires

Presentada como una “guía de uso y pautas mínimas” para todos aquellos organismos que se sirvan de sistemas de inteligencia artificial generativa (IAGen), la norma adopta el término “directiva” como sinónimo de “guía” buscando dar un lineamiento menos rígido respecto de otros modelos normativos, permitiendo una más rápida adaptación y modificación de cara a un fenómeno que va mutando a pasos acelerados; con un uso de corte horizontal, pensado para toda la Administración pública local más allá de la tarea específica desarrollada (16).

Siendo un campo en constante evolución, se ha considerado que la elaboración de leyes puede volverse obsoleta muy rápidamente, obstaculizando la innovación o desalentando la exploración de nuevas perspectivas. Por el contrario, la creación de marcos de referencia, guías o “derecho blando” (*soft law*) se presenta como una forma de regulación más flexible, adaptable y de rápida aplicación (17).

(15) Estas disposiciones se inscriben en una línea global que se refleja entre otros instrumentos en las “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en Inteligencia Artificial” —Red Iberoamericana de Protección de Datos—; “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial” —UNESCO—; “Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” y el “Reglamento (UE) 2024/1689”, que opera como norma armonizadora en materia de inteligencia artificial en la Unión Europea. Su objetivo es regular el desarrollo y uso de tecnologías de inteligencia artificial para garantizar que sean seguras, éticas y respetuosas con los derechos fundamentales de las personas.

(16) TURCI, M., “La normativa de la UE sobre responsabilidad por inteligencia artificial: ¿un fracaso anunciado?”, Ebook-TR 2025-1 (FERRER - DIANA), 9, LA LEY, 2025-C, Cita: TR LALEY AR/DOC/759/2025.

(17) Ver entre otros, “Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe”, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing (2022), París, <https://doi.org/10.1787/5b189cb4-es>; “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”, UNESCO (2021); CORVALÁN, J. G., “Implementando inteligencia artificial generativa en estudios jurídicos y departamentos legales: resultados, impacto, guías de uso y directrices”, UBA - Facultad de Dere-

(12) No es la única estructura dentro de la Dirección Provincial de Innovación Digital que trabaja sobre la temática. Por caso, depende también de ella la Dirección de Datos cuya misión es “[d]iseñar estrategias y marcos de referencia en materia de gestión de datos, la creación de espacios de compartición de datos entre empresas, ciudadanos y administraciones públicas de manera segura y con gobernanza (sandboxes, data spaces nacionales, ecosistemas de datos para uso sectorial tanto público como privado, etc.) y el empleo masivo de los datos en los sectores productivos de la economía mediante tecnologías big data e inteligencia artificial, entre otras, así como el desarrollo de mecanismos de acceso seguros a estas plataformas de datos, para la toma de decisiones públicas basadas en datos o para uso empresarial, garantizando su seguridad y gobernanza a través de arquitecturas API u otros mecanismos” (dec. 3/2024).

(13) <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/resolucion/2025/4/493209>

(14) RESO-2025-4-GDEBA-SSGDMGGP.

Desde este formato sostiene como “[...] eje cardinal el respeto fundamental de los derechos de las personas”, siendo sus pautas meramente enunciativas, dictadas en consonancia con “[...] un marco normativo de fondo que es indelegable y obligatorio en todo el territorio nacional y provincial”, imponiendo el deber y finalidad de preservar “[...] la confidencialidad, privacidad e integridad de la información, así como el cumplimiento de las normativas aplicables y las prácticas de seguridad informática”.

Respecto a su aplicación, alcanza al uso de cualquier sistema de IA generativa por parte de toda persona o agente que lo haga debido a las actividades o servicios que desempeña para la Administración pública, poniendo el acento en el aspecto material u objetivo de la labor por sobre el vínculo contractual (18).

Llamativamente se advierte a lo largo de la guía el uso indistinto de los términos IA e IA generativa, dejando la sensación de tratarse de sinónimos cuando debido a la verdad el segundo es un subcampo del primero, caracterizado por la posibilidad de crear contenido nuevo o modificar y mejorar el existente (texto, imágenes, videos) utilizando sistemas de aprendizaje automático sobre patrones dados (19).

IV.1. Los operadores y riesgos en el uso de la tecnología

En cuanto a los operadores del sistema “agente (personal)”, los define como “[...] la persona que se encuentra bajo cualquier modalidad de vínculo contractual, jerárquica o no, temporal o permanente, remunerado u honorario” con la ad-

ministración que utilice estos sistemas para su labor.

Destaca la necesidad de realizar un uso responsable de la herramienta evitando la vulneración o daño a terceros, buscando la “mitigación de riesgos” entendido como “el esfuerzo por reducir y evitar los posibles peligros emanados del uso de una inteligencia artificial”. Esta premisa parece asentarse en un doble eje: La posible vulneración de los derechos de terceros cuando sus datos son ingresados a estos sistemas sin el tratamiento adecuado (20), el indebido tratamiento —control— humano sobre el resultado que arroje el sistema.

Un correcto y prudente obrar del usuario implicará hacer propios los principios de responsabilidad proactiva y demostrada, definidos en las directrices como “la aplicación de medidas técnicas y organizativas idóneas, a fin de garantizar que el comportamiento realizado se ajusta al cumplimiento normativo. En otras palabras, es la conjugación de la responsabilidad, el compromiso y la rendición de cuentas plasmado en una labor específica”.

Esto “[...] implica que las organizaciones no solo deben cumplir con las leyes y regulaciones de protección de datos, sino también deben ser capaces de demostrar esta conformidad de manera continua y efectiva” (21), teniendo presente que existen datos en manos de la administración que pertenecen a los particulares y los han brindado con una “finalidad” específica (conf. art. 4º, punto 3, ley 25.326), por lo que su uso debe estar

cho, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024, 1ª ed.; Libro digital, PDF.

(18) Engloba a “[...] todas las personas y/o agentes, cualquiera sea su modalidad laboral o de contratación, que interactúen con sistemas de IAGen, debido a las actividades o servicios que desempeñan para la administración pública de la Provincia de Buenos Aires”.

(19) “Agentes de inteligencia artificial y workflows agénticos. La nueva frontera de la automatización”, CORVALÁN, J. G. - SANCHEZ CAPARRÓS, M., “IALab”. En igual sentido el glosario de la guía define a la IAGen (inteligencia artificial generativa, grandes modelos de lenguaje) como “[...] un tipo de inteligencia artificial que puede crear contenido o información nueva en lenguaje natural, de forma sencilla mediante una carga de instrucciones”.

(20) Recordemos que a grandes rasgos los sistemas de IAGen pueden ser entrenados sobre la base de datos etiquetados por humanos o por máquinas; datos generados por los propios sistemas; o sistemas de entrenamiento sin datos, conocido también como “aprendizaje por refuerzo” donde el sistema aprende por sí sobre la base de ensayo y error. Ver al respecto al consideraciones en materia de entrenamiento de sistemas formuladas en las “Recomendaciones para una inteligencia artificial fiable”, Disposición 2/2023 de la Subsecretaría de tecnologías de la información- Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación.

(21) Guía para entidades públicas y privadas en materia de Transparencia y Protección de Datos Personales para una Inteligencia Artificial responsable, AAIP, p. 28.

limitado únicamente al objetivo buscado, salvo consentimiento expreso de su titular **(22)**.

Claro que en la era del *big data* lo señalado constituye una dificultad, pues la esencia de los algoritmos radica en reutilizar la información brindada u otorgada con una finalidad para un nuevo fin.

Existen experiencia en el derecho comparado donde para sortearlo se han propuesto test de compatibilidad entre los usos del *big data* y el principio de finalidad, vinculados a comprobar si el interesado ha sido informado de las finalidades del tratamiento al momento de recabar sus datos, o aun no habiendo sido explícitamente informado sean razonablemente previsibles para estos. Si se supera el *test*, el uso de la información sería compatible con la ley de protección de datos, caso contrario debería obtenerse un consentimiento previo o procederse a la anonimización o disociación de datos **(23)**.

IV.2. Formas de mitigación de riesgos

Una de las principales estrategias propuestas para mitigar riesgos es la anonimización **(24)** de

(22) Esta advertencia toma una particular relevancia ya que los sistemas de IAGen de licencias pagas (y también los pagos, pero con pruebas gratuitas) utilizan la información suministrada para entrenar sus algoritmos, retroalimentando el sistema. Y si bien debiera solicitar un consentimiento, libre, expreso e informado para ello, no existe absoluta certeza respecto a su cumplimiento.

(23) TOTO, J. E., "Big data, Inteligencia artificial y algoritmos. El derecho a una explicación ante la adopción automática de decisiones. Tensiones entre las nuevas tecnologías y los derechos de las personas", en AA. VV., "Inteligencia Artificial y Derecho" (director. ÁLVAREZ LARRONDO, F.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 159.

(24) Definida en la directriz como "el procedimiento y tratamiento de datos personales que mediante una técnica se imposibilita la capacidad de identificar a los titulares de estos". En términos prácticos, consiste en reemplazar datos personales e información que pueda identificar al sujeto de un documento por otros datos generalizados que no tengan conexión con el caso (JARA REY, A., "Legal Prompts: guía práctica de instrucciones para uso de IA generativa", 1a ed., Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2024). Tanto las Directrices de la UNESCO como La Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública, velan por el principio de privacidad y protección de los datos personales, proponiendo emplear técnicas de anonimización cuando los sistemas de IA procesen datos personales, exigiendo que

todo dato caracterizado como personal o sensible antes de su inclusión en cualquier sistema.

Aunque esta técnica es efectiva, no está exenta de fallas ya sea por errores humanos, automatismos con supervisiones tardías, o por la incapacidad de identificar correctamente los datos que requieren este tratamiento. Incluso se suma la posibilidad de que los datos sean "desanonimizados" (o reidentificados), definida como la capacidad de volver a identificar a una persona a partir de datos que previamente habían sido eliminados o generalizados, reestableciendo la conexión entre la información y el individuo al que pertenece **(25)**.

En segundo orden la mitigación puede estar asociada a la información que se obtiene del sistema y el control que se aplique sobre el resultado. Conforme las pautas de entrenamiento es posible que aquellos arrojen "alucinaciones" entendida como la tendencia de los sistemas de IAGen a generar información que parece plausible, pero que es parcial o completamente incorrecta o inventada **(26)**, o bien "sesgos" considerados como errores sistemáticos que se producen

los sistemas algorítmicos no vulneren la privacidad ni conculquen la protección que merecen.

(25) La reidentificación del individuo y su vinculación con sus datos personales ha sido uno de los factores de riesgos específicamente evaluados a la hora de proponer modelos de acción con IAGen ("Guía para entidades públicas y privadas en materia de Transparencia y Protección de Datos Personales para una Inteligencia Artificial responsable"- AAIP). La advertencia no es novedosa, desde hace años el desarrollo del Big Data trajo como punto de atención el manejo de la información y su real desidentificación como un objeto de especial atención en la defensa de los consumidores (Ver OMER, T. - POLONETSKY, J., "Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics", 11 Nw. J. Tech. & Intell. Prop.239 (2013) <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol11/iss5/1/>. Ver también BATISTA, A., "Bebé Reno' y la identidad rompecabezas", Sup. Innovación y Derecho 2024 (noviembre), 8, LA LEY, 2024-F, Cita: TR LALEY AR/DOC/2581/2024.

(26) "A diferencia de un simple error, una alucinación no solo proporciona información errónea, sino que lo hace con un alto grado de coherencia, lo que puede inducir a las personas a creer en su exactitud. Este fenómeno es una preocupación central al utilizar modelos generativos, especialmente en ámbitos como la justicia, donde la precisión y la confiabilidad de la información son fundamentales para asegurar el debido proceso" (CHUMBITA, S. C., "El control de las actuaciones judiciales frente al uso de la IAGen. Aproximaciones conceptuales para una alfabetización robusta", La Ley, 11/03/2025, TR LALEY AR/DOC/465/2025).

en los sistemas algorítmicos, generados por los datos utilizados para su entrenamiento que pueden reproducir e incluso amplificar prejuicios ya existentes, conduciendo a decisiones injustas y discriminatorias (27).

De una u otra forma, de operar cualquiera de los dos fenómenos los resultados podrán volverse incorrectos, imprecisos o discriminatorios acarreando consecuencias para los ciudadanos.

Esa circunstancia hace necesario reforzar el control por parte del operador con un seguimiento permanente de todo el proceso tanto en su faz previa [en la carga y entrenamiento del sistema, conformación de los *prompts* (28) o *prompts template* (29)], como posterior respecto del producto generado. Sería recomendable tener presente la diferenciación de tareas, en especial entre aquellas de mera gestión preestablecidas o por formas (mecánicas, repetitivas, uniformes), de las que implican la toma de una decisión administrativa con impacto en los derechos de terceros donde debieran reforzarse los controles.

Otro enfoque central y determinante para la mitigación es la alfabetización de los operadores en el uso de estas tecnologías. Este aspecto, receptado en la guía, es reiteradamente recuperado tanto en los instrumentos regulatorios loca-

les como internacionales, apuntando a la permanente capacitación de los usuarios, promoviendo el conocimiento de los sistemas, sus posibilidades o desvíos, conciencia de sus límites y la necesidad de un debido control sobre sus resultados (30).

IV.3. Lineamientos sobre acceso y uso de los sistemas

En materia de operatoria las directrices optan por un modelo con “acceso y uso” previamente autorizado por el superior jerárquico a través de canales formales, frente a otros marcos regulatorios que dan libertad de acción al operador (31), su acceso se dará utilizando las cuentas oficiales del operador y para realizar las tareas del organismo.

No efectúa aquí ninguna diferenciación respecto a si se trata de la operación de herramientas de IA o IAGen generadas por el organismo, o sistemas brindados por terceros.

Por otra parte, se ha señalado que la falta de una distinción clara en la guía entre IA e IAGen presenta un problema en tanto si estos términos se usan indistintamente o sin una definición precisa podría surgir dificultad al gestionar la “autorización de acceso y uso”.

La norma indica: “El personal podrá acceder a las IAs a los fines de emprender las tareas del

(27) Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP). Guía de recomendaciones para entidades públicas y privadas en materia de transparencia y protección de datos personales para una Inteligencia Artificial responsable. Buenos Aires, septiembre de 2024).

(28) “El concepto de ‘prompt’ hace referencia a una instrucción o estímulo dado a un sistema de IA para generar una respuesta o texto coherente. Es el punto de partida que direcciona y condiciona la salida del modelo conforme las palabras, técnicas, elementos y formatos que elijamos emplear en esta instrucción inicial”. (JARA REY, Agustina, “Legal Prompts: guía práctica de instrucciones para uso de IA generativa”, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024, 1ª ed., p. 12).

(29) Se trata de un prompt estandarizado que se puede reutilizar rápidamente en tareas similares y repetitivas, evitando la necesidad de diseñar un nuevo prompt por cada consulta, lo que tendería a reducir los tiempos en la producción generando una mayor eficiencia en el trabajo (CORVALÁN, Juan G., “Implementando inteligencia artificial generativa en estudios jurídicos y departamentos legales: resultados, impacto, guías de uso y directrices”, UBA - Facultad de Derecho, La Ley, Buenos Aires, 2024, 1ª ed. Libro digital, PDF).

(30) Entre muchos otros pueden verse la “Guía de recomendaciones para entidades públicas y privadas en materia de transparencia y protección de datos personales para una Inteligencia Artificial responsable”, Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP); “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en Inteligencia Artificial” de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (2019); “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”, UNESCO (2021); “Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública”, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) - 2023; “Reglamento (UE) 2024/1689 (Ley de IA de la UE)”.

(31) En el orden interno a grandes rasgos podemos identificar dos modelos de regulación estatal, algunas provincias argentinas han optado por un modelo que exige autorización jerárquica para el uso de IAGen (estos se replica en el ámbito del Poder Judicial del Río Negro, San Juan, Formosa); otras priorizan la capacitación, la responsabilidad individual, el control humano y la supervisión continua del uso, sin requerir una autorización específica para cada operación o acceso a la herramienta en general (como pueden verse en las guías de uso de IAGen creadas en el ámbito del Poder Judicial de Chubut, Santa Fe y CABA).

organismo del que depende. Para el alta de usuario utilizará su correo electrónico oficial. Si fuera necesario se recomienda realizar una capacitación sobre el uso responsable de la inteligencia artificial elegida.

Antes de utilizar estas herramientas de IA generativa, los agentes tendrán que obtener la aprobación de su superior jerárquico inmediato, el cual deberá autorizarlo expresamente mediante nota por GDEBA”.

Si bien el apartado se propone como un todo, de una lectura literal surge que el simple acceso de tecnología IA sin uso autorizado no debería (en principio) acarrear consecuencia para el agente; diferente a lo que ocurre cuando hablamos de herramientas de IAGen. Recordemos que a grandes rasgos la principal diferencia entre un sistema y otro es que el primero puede tomar decisiones, predecir o clasificar conforme los datos suministrados —algoritmo—, en tanto que el otro crea un contenido nuevo usando modelos complejos.

Siguiendo esta lógica, podríamos estar ante un doble orden regulatorio requiriendo en un caso simplemente el alta con correo oficial, y en otro la autorización del superior jerárquico.

Insistimos en que si bien la redacción (“estas”) demostraría un hilo de continuidad y unidad, no deja de ser un punto para considerar para futuras modificaciones.

La importancia de la transparencia y trazabilidad de los resultados

Se destaca en la norma la necesidad de un comportamiento ético por los operadores debiendo obrar en todo momento con la “[...] responsabilidad, el compromiso, la confidencialidad, la dignidad y el respeto que merecen las funciones que ejerce”.

También valora la transparencia respecto del funcionamiento de los sistemas de IA, entendido como “[...] el atributo de un sistema que ofrece información acerca de sus procesos de funcionamiento, tanto interna y como externamente. Que una IA sea transparente significa que posee un grado de comprensibilidad e interpretabilidad inteligible para los seres humanos que se relacionan con ella. En este caso es aconsejable que la IAGen cuente con el respaldo de información

y documentación explicativa sobre el alcance de su sistema”.

La condición tiene directa vinculación con la trazabilidad, considerada como la capacidad de verificar y documentar cada etapa de un proceso algorítmico, desde su inicio hasta su finalización, para comprender cómo se llegó a un determinado resultado. Esto implica poder identificar los elementos que contribuyeron a dicho resultado, los datos de entrenamiento, los ajustes realizados y la presencia de posibles sesgos.

Esa condición es de cumplimiento sea respecto de sistemas de desarrollo total o parcialmente interno (sistemas de código abierto u *open source*), o bien de sistemas de licencia pagas tales como Gemini (Google), Claude (Anthropic), ChatGPT (OpenAI), y otros similares.

En el primer enfoque, si se busca la posibilidad de trazabilidad de los resultados y fuentes utilizadas para generar un producto, el desarrollo del sistema debe tener en cuenta estas premisas desde su construcción (total o parcial) con las complejidades técnicas que ello supone.

En el que refiere a sistemas de licencias pagas, en ocasiones se ha señalado las dificultades aparejadas a la transparencia y trazabilidad de sus resultados (32), lo que nos conecta con el fenómeno de los sistemas de “caja blanca o negra” (33).

Estas cajas negras son “[...] algoritmos de aprendizaje automático o redes neuronales profundas, entre otros, que no revelan cómo procesan la información o toman decisiones. Es decir, modelos cuyo funcionamiento interno es desconocido o no transparente para los observadores

(32) Entre muchos otros ver Gary, Marcus (profesor emérito de la NYU) <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/el-profesor-que-fue-llamado-loco-y-alarmista-por-sus-advertencias-sobre-la-inteligencia-artificial-y-nid1f052023/>.

(33) Ver entre otros LACAVA, F. J., “Control judicial de las decisiones administrativas algorítmicas. Interrogantes y desafíos”, RDA, 2024-151, p. 78, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3181/2023; AITA TAGLE (h.), J. J., “La mitigación de los sesgos algorítmicos. Algunas previsiones en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial”, Ebook-TR 2025-1 (FERRER - DIANA), 22, LA LEY, 2025-C, Cita online: TR LALEY AR/DOC/749/2025; EGEE, F. M. - JUSTO, J. B., “Pautas de legalidad para la transición hacia una gobernanza inteligente mediada por algoritmos”, Ebook-TR 2025-1 (FERRER - DIANA), 111, LA LEY, 2025-C, Cita: TR LALEY AR/DOC/815/2025.

externos. Frente a las cajas negras, los observadores externos solo pueden ingresar datos de entrada y recibir resultados de salida, sin tener una comprensión clara de los pasos intermedios o los factores que influyen en las decisiones tomadas. Aunque las cajas negras pueden ser altamente efectivas para resolver problemas complejos y lograr resultados precisos, plantean desafíos en términos de explicabilidad y ética” (34).

Un modelo de “caja blanca” es aquel cuyo funcionamiento interno puede explicarse fácilmente, permitiendo comprender con claridad los pasos y datos que llevaron a un resultado. En contraste, un modelo de “caja negra” debe su nombre a la falta de transparencia y explicabilidad del proceso, resultando difícil o incluso imposible verificar los pasos seguidos o los datos que fundaron una decisión.

Sea cual sea el tipo de sistema que se implemente, la directriz es clara y debe respetarse, aun frente a las particularidades y desafíos que cada modelo presenta.

V. Sobre el tratamiento de la información pública y su confidencialidad

Un dato saliente y en algún punto polémico es la regulación propuesta en materia de protección de la información utilizada por los agentes, teniendo como premisa: “Toda la información tratada por los agentes, en el desempeño de sus tareas dentro de la administración pública provincial, es confidencial, independientemente de que contengan o no datos personales”.

El carácter de confidencial (35) otorgado genéricamente a toda información podría ser tomado en una de sus acepciones como equivalente a secreto, deviniendo contrario al carácter público que por principio tiene la información generada por la Administración pública, e impactando sobre el derecho a su acceso (conf. art. 43 CN; art 13 CADH; art. 19 PIDCP; art. 19 DUDH; arts. 12 inc. 4, 20 inc. 3 Cód. Proc. de Bs. As.). (36), que “[...]

consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información” (37).

Si bien es cierto que conforme la definición dada por la Real Academia Española (38) el término también puede ser utilizado como sinónimo de información “personal”, “privado” o “particular”, la exclusión final del párrafo parece descartar esas opciones dando la idea de un concepto diferente.

Sin embargo, esa cualidad de confidencial dada a la información no impide, siempre según la guía, que el operador utilice el sistema —habla de instrumento digital— pero fijando como condición conocer el proceso de tratamiento a la que serán sometidos los datos suministrados o, en su defecto, evitar su carga cuando puedan traer perjuicio a la Administración (que no define en su alcance).

Señala en el punto: “Es imprescindible dominar la política de privacidad y protección de datos del instrumento digital. Sin conocimiento del proceso de confidencialidad y reserva de la inteligencia artificial generativa, es aconsejable evitar cualquier carga de información que pueda constituir un perjuicio hacia la administración pública provincial”.

Para superar este obstáculo sugiere minimizar el intercambio de información utilizando “opciones en las herramientas que limiten la retención de datos”, optando “por no incluir entradas”.

Sin embargo, la responsabilidad sobre los datos sigue recayendo en el usuario, por lo que “antes de compartir datos o documentos electrónicos con la IAGen, y de contener información confidencial que pertenezca a la provincia de Buenos Aires, o datos personales o sensibles que

(34) “Recomendaciones para una inteligencia artificial fiable”, Disposición 2/2023 de la Subsecretaría de tecnologías de la información - Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación.

(35) <https://dle.rae.es/confidencial>

(36) No deja de reconocerse con ello la existencia de limitaciones legales a su acceso. Ver en el orden local ley 12.475 y su dec. reg. 2549/2004. Estas normas deben

verse en consonancia con lo indicado por la ley 14.214 reglamentaria del proceso constitucional de habeas data.

(37) Fallos, 335:2393; “Asociación Derechos Civiles c. PAMI s/ amparo ley 16.986, sent. del 04/12/2012.

(38) RAE, Confidencial: De confidencia. adj. Que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho. Información confidencial. Sin.: reservado, secreto, íntimo, personal, privado, particular. Ant.: público. <https://dle.rae.es/confidencial>.

identifiquen individuos, previamente estos deberán anonimizarse” (39).

Este esquema nos permite retomar la idea de confidencialidad de la información manejada por los agentes en sus tareas diarias. Es importante considerar esto, ya que la naturaleza confidencial de toda la información no solo podría entrar en conflicto con el principio de publicidad de las actuaciones administrativas, sino que establecería como regla una excepción.

En efecto: “En un país que aspire a ser considerado como Estado de Derecho debe operar como principio general la publicidad de los actos y procedimientos estatales, y por ello es inadmisibles concebir alguno intrínsecamente, ‘por su naturaleza’ secreto. A lo sumo, podría considerarse que en algunos casos las circunstancias que rodean un acto concreto aconsejan su falta de publicidad, lo que deberá ser adecuadamente motivado” (40).

Es que “no cabe duda de que, en casos especiales, podrá la administración declarar alguna actuación como reservada [...] [surgiendo] como competencia implícita de la dirección del procedimiento” (41).

Pero las actuaciones administrativas “[...] por principio son públicas. Debe asignárseles el mismo carácter que a las actuaciones judiciales. Excepcionalmente dejarán de ser públicas, es decir se convertirán en ‘secretas’, cuando motivos especiales así lo requieran. La tesis que propugna el secreto sistemático de las actuaciones administrativas chocaría con los postulados del Estado de derecho” (42).

(39) La ley 25.326 ha definido a los datos personales como: “Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”. En tanto que son datos sensibles “Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” (cfr. art. 2º, ley 25.326).

(40) GORDILLO, A., “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, “Primeras obras”, FDA, Buenos Aires, 2016, 11ª ed., T. 4, Cap. IV, p. 262-IV-32.

(41) HUTCHINSON, T., “Procedimiento Administrativo de la provincia de Buenos Aires”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 86.

(42) MARIENHOFF, M. S., “Tratado de derecho administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, T. 1, p. 674.

El carácter de reservado o secreto de las actuaciones no es del todo novedoso en el orden provincial, la denominada Ley de procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires —dec.-ley 7647/1970—, contiene entre sus disposiciones una referencia a actuaciones “reservadas o secretas” (43) pero sin agregarse mayores precisiones respecto a su alcance, ni allí ni en su reglamentación (44). Pero en lo que existe coincidencia es que para otorgar esa calificación se debería dictar un acto administrativo que así lo declare, “prolijamente motivado” (45) y se haga por “razones políticas o estratégicas” (46).

Por su parte la “Guía para la gestión de la comunicación escrita en la Administración pública de la Provincia de Buenos Aires” y los “modelos de documentos” —aprobados por el dec. 300/2006 y modif.—, reconocen y establecen las condiciones para catalogar como “reservada” a determinadas actuaciones administrativas, requiriendo resolución fundada con previo dictamen de la Asesoría General de Gobierno (47).

(43) Cfr. art. 134: “El Poder Ejecutivo reglamentará la aplicación de la presente ley con disposiciones complementarias y asimismo fijará el procedimiento correspondiente a las prestaciones de servicios que por su especialidad no estén comprendidos en las normas de actuación de esta ley. Igualmente, determinará la calificación y trámite de actuaciones reservadas o secretas y el régimen de incineración o reducción de expedientes y documentos archivados”.

(44) Como antecedente de reglamentación, se ha mencionado al dec. 1089/1981 por el que se aprobó el Manual para la tramitación de correspondencia clasificada. Pero fuera de ello no se tiene otra referencia al efecto.

(45) BOTASSI, C. - OROZ, M., “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, Librería Editorial Platense, La Plata, 2011, 2ª ed., p. 683.

(46) BOTASSI, C. - OROZ, M., ob. cit., p. 138.

(47) Conf. Punto 2.2.4, Anexo I, dec. 300/2006. De los considerandos del decreto surge como uno de sus objetivos “la reformulación del ‘Reglamento de Correspondencia para la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires’ debe incorporar a la actuación administrativa aquellos documentos de gestión que surgen de las nuevas tecnologías de la información, en cuanto contribuyen a optimizar la comunicación” alcanzando la reforma al “Manual para tramitación de la correspondencia clasificada con grados de reserva” (dec.-ley 1089/1981). La referencia surge también de la res. 16/2007, Anexo I, punto 2 Marco Normativo.

También la “Guía para el diseño de procesos y la elaboración de manuales e instructivos de procedimiento en la administración pública provincial” (res. 16/2007 de la Secretaría General de la Gobernación) prevé la existencia de actuaciones “reservadas” agregando aquí el término “secretas” pero sin dotarlas de un contenido específico (48).

Algo más claro es el sistema de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires —GDEBA— (49), que permite el tratamiento de actuaciones —puntualmente refiere a expedientes— bajo el rótulo de “reservadas”, definidas como “un conjunto de documentos oficiales que intentará resolver un determinado asunto cuyo contenido será confidencial”, carácter reconocido “solo [a] determinados trámites que contienen información de carácter sensible [los que] podrán ser reservados en alguna instancia de su tramitación” (50).

Si bien brinda un contenido al término, al no definir qué se entiende por “información sensible” impide saber si es equivalente al “dato sensible” de la ley nacional de datos personales o excede sus límites.

En la guía en análisis lo confidencial parece ser algo diverso a los datos sensibles, utilizando el subjuntivo “o” al mencionar a la “[...] información confidencial que pertenezca a la provincia de Buenos Aires, o datos personales o sensibles que identifiquen individuos”.

(48) “Publicidad de los actos: es una exigencia que se desprende del Sistema Republicano de Gobierno. Consiste en la obligación de dar a conocer los actos de la Administración y de generar la publicidad de las actividades realizadas y a realizarse por los órganos administrativos. Se relaciona tanto con el derecho de los ciudadanos a obtener datos e información del Poder Ejecutivo a excepción de aquellas tipificadas como reservadas, como con el de participación ciudadana”.

(49) “Es una plataforma informática que permite la gestión digital de todos los trámites de la Administración Central y Organismos Descentralizados de la Provincia de Buenos Aires. Los objetivos que persigue la implementación son despapelizar el procedimiento administrativo, eficientizar la gestión administrativa y facilitar la generación electrónica, registro y archivo de la documentación” (recuperado del subsitio <https://www.gdeba.gba.gob.ar/>).

(50) Manual del usuario GDEBA - Expediente Electrónico (<https://www.gdeba.gba.gob.ar/web/upload/manuales/GDEBA%20-%20Manual%20EE.pdf>), p. 76.

La importancia de esta diferenciación y delimitación de los conceptos es clave de cara a la responsabilidad que puede caber a los operadores del sistema por su correcto uso, pues aun sabiendo con relativa certeza a qué nos referimos con datos personales o sensibles existe un vacío con respecto al alcance del término “confidencial”.

Es cierto que, ante la duda, podría argumentarse a favor de anonimizar toda la información. Sin embargo, esta postura ignora el principio de “eficiencia en la buena administración” establecido en la ley 14.828 de la Provincia de Buenos Aires.

Esta ley, al crear el “Plan estratégico de modernización de la administración pública de la Provincia de Buenos Aires” fija como principios rectores el “[p]romover políticas públicas que impulsen las gestiones con calidad”; “[l]a optimización en el uso de los recursos públicos”; y “[l]a economía y racionalidad administrativas” (51), principios que parecen enfrentarse a la idea de aplicar técnicas de anonimización generalizada para toda información pública sin distinción con las consecuencias que ello acarrea.

Si bien no despejar la incógnita, algo de claridad trae el dec. 2549/2004 —reglamentario de la ley 12.475— cuando establece: “Se presume pública toda información producida por los sujetos definidos en el art. 2° de este Reglamento General, así como la obtenida por estos. No se consideran públicos los documentos administrativos cuya divulgación pudiere perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor” (conf. art. 6°).

Señalando puntualmente que se denegará el acceso cuando “[...] se trate de información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior” (conf. art. 16 inc. c).

En resumen, si consideramos que lo confidencial se restringe a la información reservada, y esta última abarca la “información sensible” (independientemente es idéntica a los “datos sensibles” legales) o información sobre seguridad, defensa o política exterior, tendremos un punto de partida sólido.

(51) Cfr. art. 3° incs. 1, 2 y 3 de la ley 14.828.

En vista a lo expuesto sería aconsejable a futuro que se brinden mayores precisiones sobre este punto, resultando vital para el correcto funcionamiento de los sistemas, la fijación de responsabilidad de los operadores y la buena administración que, como principio fundamental de procedimiento administrativo, legal y convencionalmente se impone a la Administración pública (52).

VI. Protección de los datos e incidentes de seguridad

Un plano que se vincula a lo expuesto es la prohibición de uso de IAGen cuando se comprometa la seguridad del Estado provincial, incluyendo a las contraseñas, claves de acceso, y detalles de infraestructura crítica.

Sumando la obligación para el usuario de “[...] reportar inmediatamente cualquier incidente de seguridad o uso inapropiado a la Dirección Provincial de Sistemas Informáticos y Tecnología, y/o a cualquier otro organismo con competencia en el tema”.

Esto es coincidente con la política de ciberseguridad (53) desarrollada a nivel provincial que tiene por objetivo la eliminación o minimización de los incidentes de seguridad informática en el ámbito de la Administración pública.

Sin exceder los límites del trabajo, y en un rápido desarrollo, podemos señalar que por dec.

(52) Para un desarrollo más profundo del concepto ver DIANA, Nicolás, “Reflexiones sobre el principio de la buena administración en la ley 27.742. Vis a vis entre los derechos humanos y el rol del Estado”, Ebook-TR 2025-1 (FERRER - DIANA), 138, LL 2025-C, TR LALEY AR/DOC/752/2025.

(53) Por ciberseguridad se entiende “al conjunto de herramientas, políticas, directrices, enfoque de gestión de riesgos, procesos, acciones, formaciones, prácticas idóneas, aseguramiento y tecnologías que pueden utilizarse para proteger la disponibilidad, integridad y confidencialidad de los activos de información”. La ciberamenaza es la “causa potencial de un incidente, que puede afectar a la Ciberseguridad”. En tanto que ciberincidente es un “evento cibernético que pone en peligro la Ciberseguridad de un sistema de información o la información que el sistema procesa, almacena o transmite; o infringe las políticas de seguridad, los procedimientos de esta o las políticas de uso aceptable, sea o no producto de una actividad maliciosa”. (Recuperados del Glosario, Anexo I Plan Integral de Ciberseguridad - dec. 8/2021 —B.O. 28/01/2021—).

8/2021 (54) —BO 28/01/2021— el gobernador aprobó el “Plan Integral de Ciberseguridad de la provincia de Buenos Aires” con el objetivo de proteger los activos de la información provincial y resguardar la documentación generada, transmitida y almacenada por la Provincia.

Su dictado es consecuencia del ya mencionado “Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires” —ley 14.828— compuesto por un conjunto de programas, normas y procedimientos destinados a instalar un nuevo modelo de gestión de los recursos públicos, teniendo entre sus objetivos los de aumentar los niveles de seguridad informática a partir de la construcción de la infraestructura necesaria para dar el tratamiento adecuado, protegiendo la información y los sistemas provinciales.

El Plan, que alcanza a todo el sector público provincial, crea al Grupo de Trabajo de Ciberseguridad con una estructura orgánica compuesta por una Unidad Ejecutora, una Unidad Estratégica y un Consejo Consultivo, dependiente de la Dirección Provincial de Sistemas de Información de Tecnología (DPSIT) - Subsecretaría de Gobierno Digital.

Entre las funciones se encuentra la de “tomar conocimiento y supervisar la investigación y el monitoreo de los incidentes relativos a la seguridad” (55), siendo tarea de la DPSIT “proponer acciones relativas a la protección de los activos de información” e “identificar obligaciones regulatorias prioritarias relacionadas con los sistemas de información” (56).

Recientemente la DPSIT, a través de la Dirección de Seguridad Informática, ha puesto en marcha “La Política Modelo de Seguridad de la Información (PMSI)” con el propósito de “establecer un marco robusto y proactivo para la protección de los activos de información del organismo, garantizando su confidencialidad, integridad y disponibilidad”, respondiendo a los requerimientos establecidos por el Plan Integral de Ciberseguridad.

(54) <https://normas.gba.gob.ar/documentos/xpzbRYH3.html>

(55) Anexo III, punto 2, dec. 8/2021.

(56) Anexo III, puntos 3 y 4, dec. 8/2021.

Su alcance “comprende todos los activos de información relacionados con el almacenamiento, intercambio, modificación y eliminación de datos e información, tanto públicos como personales (DP) y/o sensibles (DS), gestionados por los organismos responsables de su tratamiento”.

La debida gestión de la información y la posible afectación a la seguridad informática vincula profundamente a ambos temas, siendo un canal de posible vulneración el uso de sistemas externos o vinculación con servidores ajenos a los estrictamente provinciales (57). La regulación tiende no solo a evitar la dispersión incontrolada de esa información, sino su uso indebido y la consecuente afectación a la Administración o terceros.

Aquí la denominación de “activos de información” comprende “todo elemento de valor en el organismo que es necesario para el desarrollo de sus operaciones en cumplimiento de la continuidad y el desenvolvimiento del negocio”, excediendo el concepto de información como equivalente a dato.

Pero en lo que hace a la información pone especial énfasis en “garantiza[r] la protección de los datos críticos del organismo, fundamentalmente DP [datos personales] y DS [datos sensibles], según su criticidad, ubicación, periodo de retención, necesidades de cifrado y requisitos de eliminación, conforme a las normas legales y las reglas específicas del organismo”.

Aunque existen diferencias entre la conceptualización de datos personales y sensibles presentada aquí (58) y la establecida en la Ley Nacional de Protección de Datos Personales (ley 25.326),

(57) Impone la creación de un “Inventario y control de software”, para una gestión de aplicaciones autorizadas y no autorizadas que permita un control adecuado sobre el utilizado en el organismo. Esto implica su identificación y registro; con un inventario actualizado determinando si gestiona datos sensibles o personales; estableciendo políticas para el uso y la eliminación de aquel no autorizado. Todo ello con el objetivo de “Garantizar que la visibilidad completa del software utilizado en el organismo y facilitar la gestión de licencias, así como la detección y eliminación de software no autorizado”.

(58) Dato Sensible (DS): Son aquellos que, en caso de ser revelados, podrían causar un daño significativo a una persona, ya sea en términos de su privacidad, seguridad o integridad. Dato Personal (DP): Son cualquier información que pueda identificar de manera directa o indirecta a una persona.

ambas comparten un núcleo común de protección, requiriendo un desarrollo de políticas de control de acceso a datos sensibles, asegurar la eliminación segura de información, y monitorear - auditar continuamente el acceso y uso de todos los datos críticos, personales y sensibles.

A su vez fija como objetivo la confidencialidad (59), integridad y disponibilidad de los datos críticos del organismo, protegiéndolos contra accesos no autorizados, pérdidas o alteraciones, circunstancias que advertimos deberán ser tenidas especialmente en cuenta al momento de operar sistemas de IAGen.

VII. Conclusión: prácticas correctas y concientización

En su apartado final la guía subraya la importancia de que los operadores de Inteligencia Artificial Generativa (IAGen) no solo se mantengan actualizados sobre las mejores prácticas y las directrices presentes, sino que también adquieran un conocimiento profundo de las limitaciones internas y externas de estas tecnologías, prestando especial atención a los sesgos inapropiados.

La necesidad de información y actualización permanente recupera la idea de partida vinculada al siempre cambiante mundo de la IA, que seguramente redundará en la modificación de la directriz, vista aquí como un punto de partida y no de llegada.

La comprensión del fenómeno implica una capacitación dirigida a conocer no solo los límites sino también los riesgos asociados al uso de una herramienta, cuyas potencialidades aún no encuentran límites. Estos riesgos, que ya mencionamos, incluyen la opacidad algorítmica, los sesgos, la discriminación y alucinaciones, todos con el peligro o potencialidad de constituir un elemento con capacidad de control social y vulneración de derechos fundamentales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recientemente ha enfatizado la importancia del trabajo previo sobre los operadores en el uso de los sistemas de IA, especialmente para los actores estatales, constituyéndose en un pilar fundamental para garantizar el res-

(59) Definida en el glosario como “Característica que asegura que únicamente aquellos sujetos, entidades o procesos autorizados podrán acceder a la información”.

peto de los derechos humanos y un manejo responsable de estas tecnologías (60).

Se deben adquirir habilidades técnicas para operar los sistemas, comprendiendo las implicaciones éticas y las normativas vinculadas entre otros a la protección de datos utilizados al interactuar con la IA, asegurando la supervisión del resultado por parte de los operadores con una atenta intervención en las decisiones automatizadas.

En este esquema, constituye una estrategia esencial mitigar los riesgos inherentes a la IA y asegurar que su implementación esté alineada con los valores democráticos, reiterando que la virtud asociada con la velocidad de procesamiento y la mejora en los tiempos de producción no puede ser tomada como un único camino que nos ate a un resultado sin control previo y posterior.

Por ello, la implementación de la IA en el sector público no solo representa una oportunidad para mejorar la eficiencia y la calidad en el despliegue de la función administrativa, sino que también plantea desafíos significativos en términos de ética, transparencia y protección de datos personales.

Se requiere una regulación dinámica y las directrices establecidas por la Dirección Provincial de Innovación Digital son un paso en esa dirección, al proporcionar un marco de referencia que puede ser ajustado según sea necesario.

Sin embargo, es crucial que estas directrices no solo se mantengan actualizadas, sino que también se implementen de manera efectiva, asegurando que todos los actores involucrados estén debidamente capacitados y sean conscientes de sus responsabilidades.

Esa capacitación se desplegará en un doble carril que permita extraer las potencialidades del sistema advirtiendo también los peligros que trae aparejado un uso incorrecto o con desprecio por sus consecuencias.

Hemos resaltado los problemas derivados de la calificación de la información (confidencial,

reservada, etc.) y el cuidado que impone su tratamiento. Pero la tensión entre la necesidad de proteger la información (confidencial, reservada, sensible, personal, etc.) y el derecho a la información pública es un equilibrio delicado que debe ser gestionado con precaución.

El cuidado en su manejo no puede llevarnos a catalogarla de manera errónea, ni partir de presupuestos y consecuencias disvaliosas para el operador que la utiliza ante posibles daños a la administración.

De ser así se pagará el costo de no utilizarse los sistemas ante el temor de poder incurrir en una acción que genere responsabilidad del agente: no utilizo el sistema ya que desconozco las consecuencias/responsabilidad que la carga de datos puede traer aparejada.

Caer en prácticas ineficientes: para evitar posibles consecuencias anonimizo todo dato, implicando un mayor tiempo en la preparación de la información, exceso en el uso de los recursos técnicos y humanos, y obtención de un resultado de dudosa calidad.

Uso de sistemas no autorizados: evito los sistemas oficiales y vuelco la información en sistemas ajenos evitando la tramitación del permiso de acceso, proceso de anonimización, etc.

Por ello se ha insistido con la necesidad de precisión y claridad en la definición de los conceptos. Qué constituye información confidencial y el establecimiento de procedimientos transparentes para su manejo son aspectos esenciales para el desarrollo de la tarea.

Allí la “reserva de humanidad” se constituye en garantía central a lo largo de todo su desarrollo, siendo enfático el compromiso del Estado en todos sus niveles respecto a su seguimiento (61).

(60) CIDH, 192ª Audiencia Regional “IA y DDHH”, 27/02 al 7/03 del 2025; <https://www.youtube.com/watch?v=anp9IApCh84&t=50s>.

(61) “Los Estados Miembros deberían velar por que siempre sea posible atribuir la responsabilidad ética y jurídica, en cualquier etapa del ciclo de vida de los sistemas de IA, así como en los casos de recurso relacionados con sistemas de IA, a personas físicas o a entidades jurídicas existentes. La supervisión humana se refiere, por tanto, no solo a la supervisión humana individual, sino también a la supervisión pública inclusiva, según corresponda”. “Puede ocurrir que, en algunas ocasiones, los seres humanos decidan depender de los sistemas de IA por razones de eficacia, pero la decisión de ceder el control en contextos limitados seguirá recayendo en

El compromiso o reserva de humanidad, los principios de responsabilidad proactiva y demostrada, así como el principio de licitud marcan un camino al accionar Estatal sea que se trate de tareas de gestión o de decisión, en especial en los casos donde la gestión implica una decisión discrecional.

El aspecto volitivo no se pierde así por la circunstancia de apoyarse en estos sistemas, en última instancia es la voluntad del Estado corporizada en un funcionario la que se refleja en la decisión, que podrá obtener apoyo del sistema, pero no debiera por principio dejarse en su ámbito exclusivo, máxime cuando estén en juego derechos fundamentales.

Recordemos que el funcionario es el único competente y responsable por la decisión, responsabilidad que opera como garantía de preservación de las libertades y derechos involucrados (62).

los seres humanos, ya que estos pueden recurrir a los sistemas de IA en la adopción de decisiones y en la ejecución de tareas, pero un sistema de IA nunca podrá reemplazar la responsabilidad final de los seres humanos y su obligación de rendir cuentas. Por regla general, las decisiones de vida o muerte no deberían cederse a los sistemas de IA” —Puntos 35 y 36, “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”, UNESCO (2021)—. La directriz señala: “Las herramientas de IA generativa no pueden ser utilizadas sin intervención y revisión humana, en el proceso de toma de decisiones para la adjudicación de beneficios, acreditación, verificación o acciones relacionadas con investigaciones, aplicación civil o que puedan afectar negativamente un derecho de la ciudadanía” (la cursiva nos pertenece).

(62) EGEA, F. - JUSTO, J. B., ob. cit.

Se atribuye a Voltaire (63) la frase “lo perfecto es enemigo de lo bueno”, agregaríamos que también de lo posible. Estas regulaciones de hoy son lo bueno, posible y necesario para empezar a pensar un campo que se debate entre dos modelos: uno centrado en el avance con poca o nula regulación en nombre de un crecimiento a mayor velocidad, y uno controlado y más lento asentado sobre el respeto por los principios éticos y valores del Estado de derecho.

La clave reside en fomentar la innovación y la eficiencia administrativa que las nuevas tecnologías prometen, sin claudicar en nuestros valores. Estas directrices marcan un camino crucial para equilibrar ambos objetivos, pero su éxito dependerá de una revisión y adaptación constantes a medida que la tecnología evolucione.

Para consolidar un marco regulatorio robusto y adaptable, es imperativo invertir en la capacitación continua de los operadores, brindarles pautas claras de trabajo, garantizar la transparencia en todos los procesos y adoptar medidas de seguridad inquebrantables. Estos pilares son esenciales para construir un ecosistema digital que no solo sea eficiente, sino también ético y seguro.

Solo así podremos asegurar que la implementación de estas tecnologías se convierta en un verdadero motor para el bienestar y el progreso de cada ciudadano.

(63) Filósofo, escritor e historiador de la Ilustración francesa, François-Marie Arouet, más conocido por su seudónimo Voltaire, nació el 21 de noviembre de 1694 en París, Reino de Francia. A lo largo de su vida, se convirtió en una de las voces más prominentes del pensamiento ilustrado, defendiendo la libertad de expresión, la tolerancia religiosa y la separación de la Iglesia y el Estado. Voltaire falleció en su ciudad natal, París, el 30 de mayo de 1778.

Desregulación normativa, reforma del Estado y empleo público

Leandro G. Salgan Ruiz (*)

Sumario: I. Planteo del tema.— II. Desregulación normativa: una revisión y consolidación de un marco normativo para el Poder Ejecutivo Nacional.— III. Transformación de la Administración pública: mecanismos de reorganización, descentralización y control en la ley 27.742.— IV. Nuevo paradigma del empleo público en Argentina: idoneidad, disponibilidad y potestad disciplinaria.— V. Reflexiones finales.

I. Planteo del tema

El propósito del artículo es analizar la desregulación normativa, la reforma del Estado y el empleo público en Argentina. Para ello brindaremos un marco conceptual y normativo actualizado sobre la ley 27.742, el DNU 70/2023 y el dec. 90/2025, así como un panorama de la doctrina y jurisprudencia que las interpretan.

Nos proponemos examinar cómo se están revisando y consolidando las normas del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), la transformación de la Administración pública a través de mecanismos de reorganización, descentralización y control, y la implementación de un nuevo paradigma en el empleo público.

II. Desregulación normativa: una revisión y consolidación de un marco normativo para el Poder Ejecutivo Nacional

Para mejorar las regulaciones de la Administración Pública Nacional (APN) el Poder Ejecutivo

vo Nacional (PEN) implementó buenas prácticas en materia normativa. En efecto, el dec. 891/2017 promovió la simplificación normativa, la mejora continua de los procesos internos y la reducción de cargas al administrado.

La simplificación normativa orienta a que las nuevas regulaciones sean “simples, claras, precisas y de fácil comprensión. El Sector Público Nacional deberá confeccionar textos actualizados de sus normas regulatorias y de las guías de los trámites a su cargo” (1).

La mejora continua de los procesos se enfoca en el uso de las “nuevas tecnologías y herramientas informáticas, utilizar e identificar los mejores instrumentos, los más innovadores y los menos onerosos, con el fin de agilizar procedimientos administrativos, reducir tiempos que afectan a los administrados” (2).

La reducción de cargas al administrado evalúa que el “dictado de nuevas regulaciones que impongan cargas deberán a su vez reducir el inventario existente” (3).

Actualmente del PEN carece de un mecanismo transparente que ordene las leyes, las decisiones administrativas, los decretos, las resoluciones, las disposiciones y las circulares. Ello produce un marco normativo disperso, desactualizado y superpuesto que genera no solo incertidumbre

(*) Abogado (UBA). Profesor de Ciencias Jurídicas (USAL) con diplomado en Docencia Universitaria y Educación Superior (UCASAL). Diplomado de Posgrado en Docencia del Derecho (UNCUYO). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia). Especialista en Abogacía Pública, Derecho Procesal y Defensa del Estado, Contratos Administrativos y Derecho de la Seguridad Social en la Procuración del Tesoro de la Nación (ECAE). Mg. en Derecho Administrativo con diplomado pos magistral en Derecho Administrativo Profundizado (Universidad Austral). Mg. en Abogacía del Estado (UNTREF). Doctorando en Derecho. Docente investigador (UBA) con actividad de grado, posgrado y extensión universitaria.

(1) Ver art. 3º dec. 891/2017.

(2) Ver art. 4º dec. 891/2017.

(3) Ver art. 4º dec. 891/2017.

sino también ambigüedad de la normativa que se encuentra vigente.

En este contexto, emerge una cuestión que indaga acerca de cómo podemos revisar y consolidar la normativa relevante y prioritaria que vincula al ciudadano con la Administración pública con miras a una mayor eficiencia y transparencia.

Aunque la desregulación y simplificación normativa en la Administración Pública Nacional han sido impulsadas por diversos decretos, su aplicación efectiva y consolidación de un marco normativo coherente dependen de la revisión integral y sistemática de la normativa obsoleta, un desafío que el dec. 90/2025 busca abordar de manera estructural.

Las regulaciones anacrónicas generaban cargas y costos innecesarios al ciudadano y a las actividades económicas. A ello la prestación de servicios públicos carecía de eficacia, eficiencia y calidad. Los componentes burocráticos convertían Administración pública en lenta y poco transparente. Por su parte el procedimiento administrativo no se ajustaba totalmente al derecho constitucional y convencional a la tutela administrativa efectiva.

En este contexto, para enfrentar este desafío el dec. 891/2017 implementó una serie de buenas prácticas en materia normativa que eliminaron las regulaciones del PEN cuyas cargas y costos son innecesarios.

Para comprender la trascendencia de esta reforma, es esencial situarla en un contexto global, un punto en que Pablo Perrino (4) analiza con agudeza. Sostiene que la implementación de los principios de simplificación de cargas y reducción de cargas se alineó con las tendencias internacionales y el derecho comparado.

En este marco de modernización, el autor precisa que se adoptó el uso masivo de la TIC, se redujeron los requisitos de documentación y se incorporó la figura del jefe de Gabinete de Ministros en los trámites administrativos. En otras palabras, su visión confirma que esta modernización no fue un hecho aislado, sino que la decisión

deliberada de un paradigma de gestión pública ya validado en otros ordenamientos procurando una mayor eficacia.

Esta búsqueda de eficiencia se materializó en mandatos concretos. La simplificación normativa, por ejemplo, conduce a que la jurisdicción evalúe “su inventario normativo eliminando las que resulten una carga innecesaria” (art. 3º). Este artículo no es una simple recomendación, sino una instrucción directa para auditar y depurar activamente el stock normativo existente.

Su alcance se extendió a áreas tan diversas como la Firma Digital Remota (5), el Sistema Métrico Argentino (6), los Sorteos (7), los marcos regulatorios del agua y gas (8), el procedimiento de subasta pública (9), seguro de garantía de los depósitos (10), registros (11) y sociedades (12), demostrando así su carácter universal.

En cuanto a la simplificación, el PEN dictó el dec. 27/2018 que promovía “regulaciones de cumplimiento simple que alivianen la carga burocrática para la realización de las respectivas actividades, tanto en el ámbito de la Administración pública como en el sector privado”. Asimismo, la ley 27.446 aprobó un la simplificación y desburocratización de la Administración Pública Nacional. Estas normas posteriores no hicieron más que reforzar y expandir la filosofía original del dec. 894/2017, consolidando la simplificación como una política del Estado.

Asimismo, la mejora continua del proceso interno apunta a “eliminar regulaciones cuya aplicación genere costos innecesarios” (art. 4º) y la reducción de cargas del administrado a suprimir “las que resulten una carga innecesaria” (art. 3º).

Por nuestra parte, hemos sostenido en otra oportunidad que la simplificación normativa y

(5) Ver dec. 892/2017.

(6) Ver dec. 960/2017.

(7) Ver dec. 961/2017.

(8) Ver dec. 962/2017.

(9) Ver dec. 29/2018.

(10) Ver dec. 30/2018.

(11) Ver dec. 1273/2016.

(12) Ver Resolución 6/2017.

(4) Cfr. PERRINO, P. E., “Las reformas al procedimiento administrativo nacional. Simplificación administrativa y reducción de cargas a los administradores”, LA LEY, 2018-A; ps. 1094-1107.

desburocratización de la actividad de la administración conduce a un trámite del procedimiento administrativo que sea más simple, rápido y accesible.

Desde nuestra perspectiva, el principio de simplicidad nace con obligación del intercambio electrónico de información pública entre entidades del Sector Público Nacional bajo pautas de interoperabilidad.

Así se consolida la simplificación normativa que promueve una buena práctica de la Administración pública y avanza hacia los trámites del procedimiento. Aplicamos este principio en la colaboración entre oficinas que conduce a la eliminación de ciertas cargas del administrado (13).

Actualmente este decreto reglamentario es retomado por el inc. c) del art. 3° del dec. 90/2025 que dispone una revisión integral que apunta a derogar o modificar toda norma que “regula trámites o registros innecesarios”.

La excesiva y pronunciada intervención del Estado en la economía a través del poder de policía generó una profunda crisis no solo económica sino también administrativa. Este diagnóstico es clave para entender la desregulación como redefinición del pacto entre el Estado y el mercado.

Como explica Canosa (14) la desregulación redefine el rol del Estado cuyo enfoque se centra en funciones indelegables. Esta desregulación forma parte de un proceso mayor de reversión de la intervención estatal que incluye la privatización, la desburocratización y la desmonopolización. Por lo tanto, la desregulación no es solo quitar normas, sino rediseñar estratégicamente la presencia estatal en la economía.

Como parte del proceso, el dec. 70/2023 inició un programa de desregulación y simplificación del Estado con políticas públicas enderezadas a reformular regímenes jurídicos existentes.

En este sentido, el art. 2° dispuso “la más amplia desregulación del comercio, los servicios y

la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado”.

Una medida de tal magnitud inevitablemente despertó un intenso debate sobre su validez constitucional, un terreno donde juristas como Juan Carlos Cassagne (15) han ofrecido interpretaciones fundamentales.

Cassagne sostiene que la Constitución Nacional es un organismo vivo con una división de poderes relativa que requiere una interpretación adaptativa. El dec. 70/2023 es constitucionalmente válido porque cumple con los requisitos materiales y formales exigidos por el inc. 3° del art. 99 CN.

La defensa del autor es crucial, pues sugiere que validez del DNU no debe juzgarse con un criterio rígido, sino entendiendo que la propia Constitución habilita mecanismos de excepción para crisis extraordinarias, siempre que los controles —parlamentario y judicial garantiza— permanezcan activos. Esto hace a la vigencia del Estado de derecho y la división de los poderes.

Ampliando esta línea de argumentación, Mariela Bonadeo (16) sostiene que este DNU es un hito por el uso de la figura en su extensión y diversidad temática. Asimismo, que su control de constitucionalidad es la *última ratio* del ordenamiento jurídico y exige rigurosidad en la exigencia del perjuicio concreto para la división de poderes. El aporte de la autora complementa a Cassagne, al introducir el estándar de perjuicio concreto, advirtiendo a una invalidación abstracta y priorizando el funcionamiento de las instituciones.

Este reglamento de necesidad y urgencia es retomado por dec. 90/2025 que dispone una revisión integral que apunta a derogar o modificar regulaciones alcanzadas por tres supuestos específicos.

(13) Cfr. SALGAN RUIZ, L. G., “Desafíos actuales del procedimiento administrativo frente a la desburocratización y simplificación normativa de la actividad del Estado”, RDA 119, ps. 975-985.

(14) Cfr. CANOSA, A. N., “El proceso de desregulación”, RDA 7/8, ps. 579-594.

(15) Cfr. CASSAGNE, J. C., “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”, RDA 152, ps. 313-322.

(16) Cfr. BONADEO, M., “Validez constitucional del DNU 70/2023: análisis de los pronunciamientos de la Corte Suprema y tribunales inferiores”, RDA 164, ps. 67-81.

El inc. d) del art. 3º del citado decreto regula el supuesto de la norma que “establece restricciones a la oferta de bienes y servicios, distorsiona los precios de mercado, impide la libre iniciativa privada o entorpece la interacción espontánea de la oferta y de la demanda”.

El inciso e) del art. 3º del citado decreto se vincula a la norma que “genera un sobre costo en el sector productivo o escasez de bienes y servicios sin justificación en un interés público suficiente”.

El inc. f) del art. 3º del citado decreto se relaciona con la norma que “implica la constitución de un monopolio artificial o barreras de entrada en actividades en las que es posible la libre competencia”.

Hemos sostenido en otra oportunidad que el principio de legalidad de la Administración pública se refuerza con la potestad normativa del Poder Ejecutivo Nacional. Ello requiere de una complementariedad de la delegación legislativa, DNU y reglamentos ejecutivos solo en los casos autorizados en la Constitución Nacional y con interpretación restrictiva (17).

En un contexto relacionado con las facultades normativas del Poder Ejecutivo se ha reabierto un debate sobre la delegación legislativa. Una de las tensiones en esta materia radica en examinar cómo el Poder Legislativo de la Nación puede ser delegado en el Poder Ejecutivo o agencias administrativas sin alterar la separación de los poderes. Asimismo, cómo ha evolucionado su práctica y su respectivo control judicial.

Castro Videla y Maqueda Fourcade (18) sostienen que a partir de 1994 la delegación legislativa es una prohibición con estrictas excepciones cuya interpretación es restrictiva.

Se encuentra sometida a un control de la Comisión Bicameral Permanente. Se la admite en el Poder Ejecutivo y ciertos órganos descentralizados cuyos reglamentos delegados gozan de la je-

rarquía de ley y debe ser refrendado por el jefe de Gabinete de Ministros.

Alianak (19) sostiene que nuestro país tuvo un enfoque más restrictivo respecto a la delegación legislativa donde la Constitución establece una prohibición general por cuanto se exige una clara política legislativa y estándares expresos.

Por nuestra parte, hemos sostenido que la delegación legislativa es una respuesta del Congreso de la Nación a un estado de necesidad generado por hecho excepcional. La emergencia pública configura un supuesto que encuadra en el art. 76 CN cuya ley es emitida por un poder representativo del Estado (20).

En este contexto, la ley 27.742 incorporó la simplificación normativa y la buena administración en el procedimiento administrativo general. Según el dec. 90/2025 su vigencia justifica “una revisión integral de toda la normativa de la Administración Pública Nacional” para derogar “aquellas normas obsoletas que sean identificadas, con el fin de reducir la carga administrativa y burocrática tanto para el gobierno como para los ciudadanos”.

Estos principios fundamentales consagrados en el art. 1º bis de la ley 19.549 son retomados por el inc. a) del art. 3º del dec. 90/2025 que apunta a derogar o modificar aquella norma que “resulta obsoleta o redundante”.

En cuarto lugar, el proyecto de ley denominado “Ley Hojarasca” enviado al Congreso propone modificar y derogar diversas categorías de legislación obsoleta. Ello con sustento en los arts. 1º, 19, 28 y 33 de la CN.

Cabe destacar que en el caso “Expreso Tigre Iguazú SRL” (21) el Máximo Tribunal advirtió sobre la falta de operatividad del Digesto Jurídico Argentina (DJA) previsto en la ley 26.939 por “sueto a un procedimiento necesario e inconcluso”.

(17) Cfr. SALGAN RUIZ, L. G., “El principio de legalidad de la administración pública en el sistema democrático vigente”, Suplemento de Derecho Administrativo, LA LEY, 2023-2.

(18) Cfr. CASTRO VIDELA, S. M. - MAQUEDA FOURCADE, S., “Delegación legislativa en el Poder Ejecutivo: Apuntes sobre las exigencias de validez de los reglamentos delegados”, RDA 152, ps. 18-69.

(19) Cfr. ALIANAK, R. C., “Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en Estados Unidos de Norteamérica y en la República Argentina”, RDA 160, ps. 3-25.

(20) Cfr. SALGAN RUIZ, L. G., “El impacto de la emergencia sanitaria en el principio de separación de los poderes públicos”, RDA 13, ps. 114-127.

(21) Cfr. CS, Fallos 347:2105.

En la primera categoría del proyecto se encuentran las leyes **(22)** que fueron sustituidas por leyes posteriores más completas y modernas. Se trata de un plexo normativo que ha sido superado por normas sobrevinientes.

En la segunda categoría del proyecto se encuentran las leyes **(23)** que fueron superadas por la tecnología, el avance del conocimiento, de la economía o el paso del tiempo. Se trata de un bloque de normas que experimento cambios tecnológicos y sociales significativos.

En la tercera categoría del proyecto se encuentra las leyes **(24)** que limitan la libertad individual. Este plexo normativo a la vinculación del principio de legalidad (art. 19 CN) cuya regla es la capacidad y libertad de las personas.

En la cuarta categoría del proyecto se encuentran las leyes **(25)** cuya derogación que implican con el programa de desburocratización. Tanto el dec. 27/2018 como la ley 27.446 impulsaron los procesos en la órbita de la Administración Pública Nacional. Este conjunto de normas apunta a eliminar organismos, trámites innecesarios y regulaciones excesivas para dotarlas de mayor eficiencia.

En la quinta categoría se encuentra del proyecto las leyes **(26)** de organismos o instituciones que dejaron de existir. Este bloque normativo re-

mite a procesos inexistentes y órganos que han sido disueltos.

En la sexta categoría se encuentra las leyes **(27)** del Sector Público Nacional con recursos del Estado Nacional. Este plexo normativo crea los organismos cuya fuente de financiamiento específica utiliza fondos públicos.

Desde nuestra perspectiva, la derogación normativa deriva también de la regla del principio democrática que exige que la ley en sentido formal sea previa, precisa, accesible y previsible. Ella se integra al principio de legalidad que vincula positivamente a los órganos administrativos y delimita el alcance concreto de su competencia **(28)**.

Uno de los problemas consiste en la existencia de una proliferación de normas superpuestas, desactualizadas y redundantes en el ordenamiento jurídico. Ello genera no solo confusión, sino que produce inseguridad jurídica para la ciudadanía y la Administración pública afectando el desarrollo económico.

En este contexto, el PEN encomendó a las jurisdicciones del Sector Público Nacional **(29)** un “relevamiento normativo con el objetivo de identificar las normas vigentes, y proponer la derogación de aquellas que resulten obsoletas, innecesarias o que encuadren dentro de los criterios establecidos”. Esta directiva transforma la depuración normativa de un deseo a una obligación concreta y medible.

Para evaluar el impacto de la medida, es útil recurrir al análisis de Pablo Figueroa **(30)**, quien valora que el dec. 90/2025 representa un avance significativo para lograr una gestión más eficiente de los recursos públicos y eliminar la burocracia innecesaria.

(22) Ver leyes 94 (1864), 3.863 (1899), 16.789 (1965), 17.557 (1967), 20.843 (1974), 21.778 (1977), 22.109 (1979), 23.678 (1989) y 24.675 (1996).

(23) Ver leyes 448 (1870), 3.235 (1895), 16.879 (1965), 18.569 (1970), 19.648 (1972), 20.114 (1973), 20.577 (1973), 21.895 (1978), 23.756 (1989) y 23.888 (1990).

(24) Ver leyes 14.034 (1951), 18.312 (1969), 19.787 (1972), 20.120 (1973), 20.400 (1973), 20.802 (1974), 20.959 (1975), 20.983 (1983), 22.875 (1983) y 22.964 (1983).

(25) Ver leyes 14.041 (1951), 14.800 (1959), 17.752 (1968), 19.340 (1971), 19.363 (1971), 20.308 (1973), 20.496 (1973), 20.876 (1974), 21.056 (1975), 21.145 (1975), N° 21.159 (1975), N° 22.426 (1981), N° 22.963 (1983), N° 23.419 (1986), N° 23.634 (1988), 24.057 (1992), 24.127 (1992), 24.298 (1994), 24.960 (1998), 25.750 (2003), 26.227 (2006), 26.688 (2011) y 27.171 (2015).

(26) Ver leyes 11.245 (1923), 11.380 (1926), 12.307 (1936), 13.521 (1949), 14.578 (1958), 17.584 (1967), 20.085 (1973), 20.299 (1973), 20.327 (1973), 20.543 (1973), 20.956 (1975), 23.671 (1989) y 24.731 (1996), dec.-ley 12.795/1944 y decreto 1262 del 22 de mayo de 2003.

(27) Ver leyes 20.984 (1975) y 24.807 (1997).

(28) Cfr. SALGÁN RUIZ, L. G., “Las nuevas reglas preventivas del principio democrático en el derecho administrativo contemporáneo”, Suplemento de Derecho Administrativo LA LEY, 2022-1, ps. 12-24.

(29) Ver inc. 1) art. 8° ley 24.156.

(30) Cfr. FIGUEROA, P. A., “La necesaria actualización normativa. Comentarios acerca del Decreto 90/2025 y la burocracia cero”, 21/02/2025, www.saij.gob.ar; DACF250019.

Esta valoración es fundamental pero su implicancia es aún más profunda. Figueroa nos recuerda que la modernización normativa es una cuestión de buena administración que refleja de modo más adecuado la realidad social y económica.

Esto significa que el dec. 90/2025 no es una limpieza de “hojarasca” legal, sino un mecanismo para realinear el derecho con la realidad, garantizando que el marco normativo sea un facilitador del desarrollo y no obstáculo anacrónico, atacando así el problema de la inseguridad jurídica.

El dec. 90/2025 no se limita a reafirmar los principios pasados, sino que los fusiona en una estrategia integral abarcando no solo las leyes sino la totalidad del inventario normativo.

Desde los reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN), pasando por los delegados (art. 76 CN), los ejecutivos (art. 99 inc. 2 CN) y autónomos (art. 99 inc. 1 CN). De esta manera, el art. 1º del dec. 90/2025 consolidó los criterios vinculados al dec. 894/2017, dec. 70/2023 y la ley 27.742 respectivamente.

III. Transformación de la Administración pública: Mecanismos de reorganización, descentralización y control en la ley 27.742

Para lograr una gestión pública ágil, eficiente, eficaz y de calidad en atención al bien común el legislador autorizó una reorganización administrativa en el marco de la reforma del Estado. En efecto, el art. 2º de la ley 27.742 se propone un diseño de estructura del Estado que mejore “el funcionamiento del Estado” (inciso a), transparente “el gasto y equilibrar las cuentas públicas” (inciso b) y garantice “la transparencia en la administración de las finanzas públicas” (inciso c).

Gabriela Stortoni (31) destaca la amplitud de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo Nacional cuyo ejercicio se encuentra sujeto a un estricto control de las bases, límites y estándares que garantizan decisiones equitativas y proporcionales. Esto subraya la importancia de un ejercicio equitativo y proporcional de esta facultad.

(31) Cfr. STORTONI, G. A., “Reorganización administrativa en la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, en AA.VV., “Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino”; Tomo celeste, ps. 525-547.

Así, la pregunta que guía este análisis radica en determinar cuáles son los instrumentos jurídicos que proporciona la delegación legislativa para alcanzar un diseño de la estructura del Estado consistente con las bases de la ley 27.742.

Sostenemos que la delegación legislativa articula cuatro instrumentos estratégicos para reconfigurar la Administración Pública Nacional: la modificación de competencias, la reorganización de su estructura administrativa, la descentralización del Estado con fines empresariales y la revisión de los fondos fiduciarios.

A través de cada una de estas herramientas, se demostrará como la ley 27.742 busca no solo una reestructuración formal, sino también una transformación funcional orientada a la eficacia y eficiencia operativa.

El primer instrumento clave de la ley 27.742 establece para la reforma es la facultad de redefinir el ámbito de acción de los órganos estatales. La competencia administrativa “será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia” (32).

Sin embargo, la propia administración posee facultades para organizar su funcionamiento interno a través de los denominados reglamentos autónomos cuyo “dictado no depende de ley alguna, sino de facultades propias de la Administración resultante de textos o principios constitucionales” (33).

La Procuración del Tesoro de la Nación ha aclarado que la delegación legislativa no es necesaria cuando “el ejercicio de la competencia se refiere a organismos creados por normas que no tengan jerarquía legal, tal como ocurre con los denominados decretos o reglamentos autónomos” (34).

No obstante, la ley va un paso más allá al extender esta facultad en forma explícita. El inciso a) del art. 3º de la ley 27.742 se extiende a la competencia de ciertos órganos administrativos (35) del Sector Público Nacional. En este pasaje de la norma el Congreso de la Nación autoriza al PEN

(32) Ver art. 3º ley 19.549.

(33) PTN, Dictámenes, 243:331.

(34) Cfr. PTN, Dictámenes, 333:57.

(35) Ver inc. a) art. 8º ley 24:156.

a la “modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario”.

Esta disposición es fundamental, ya que permite intervenir en el núcleo de funciones asignadas por el Congreso de la Nación, otorgando una herramienta de gran alcance para eliminar redundancias y adaptar la burocracia a las necesidades actuales.

En este sentido, el art. 11 de la ley 25.164 complementa esta visión al habilitar a través de un informe técnico fundado por la autoridad competente que se suprima en los órganos aquellas “funciones a ellos asignadas; o de reducción por encontrarse excedida”. Por su parte, dichos cargos eliminados “no podrán ser cumplidos por personal contratado ni personal de gabinete” (36).

Ambas normas en conjunto perfilan un diseño orientado a la optimización real de recursos humanos y funcionales, evitando que la supresión de competencias se convierta en una mera formalidad.

Además de la redefinición de funciones, un segundo instrumento es la potestad de alterar la configuración jurídica de la Administración pública. Una de las principales dificultades radica en la falta de una estructura administrativa cuyo diseño sea viable y se ajuste a las necesidades actuales de gestión pública.

Este es un problema que impacta en el ejercicio de las facultades de reestructuración del Estado para lograr una reconfiguración significativa de la Administración Pública Nacional.

Para abordar este problema de manera frontal, el inc. b) del art. 3º de la ley 27.742 se proyecta a algunas de las jurisdicciones de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

En este pasaje el legislador habilitó al PEN a la “reorganización, modificación o transformación de su estructura jurídica, centralización, fusión, escisión, disolución total o parcial, o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos”.

Tal como precisa Gabriela Stortoni (37) tanto la reorganización como la modificación de la Administración pública es posible para los organismos centralizados y descentralizados con exclusiones específicas.

La disolución, en particular, es definida por la Procuración del Tesoro de la Nación como la “la supresión definitiva del organismo, sus funciones, competencias y recursos” (38), lo que evidencia un alcance terminal de esta facultad.

Inevitablemente, estas medidas de reestructuración generan tensiones con el principio de estabilidad del empleado público.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina han proporcionado una respuesta clara y equilibrada a este desafío. El derecho a la estabilidad propia en el empleo público “no se extiende a la función que desempeñe el agente, por consiguiente, no existe en principio por parte de aquel, derecho al desempeño de una tarea determinada, pudiendo atribuírsele distintas funciones” (39).

Esta posición se refuerza con otros precedentes. En el caso “Ramos” (40) la Corte Federal precisó que personal transitorio carece de un derecho a la reincorporación. En ese precedente que se aclara que el artículo 8º de la ley 25.164 “solo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuestos”.

En el caso “Díaz Velar” (41) la Corte Federal precisó que la estabilidad importa un “derecho a una indemnización equitativa cuando, por razones de su exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado, sin culpa de este último”.

(37) Cfr. STORTONI, G. A., ob. cit.

(38) Cfr. PTN, Dictámenes, 333:57.

(39) Cfr. PTN, Dictámenes, 259:244.

(40) Cfr. CS, Fallos, 333:311.

(41) Cfr. CS, Fallos, 294:87.

(36) Ver art. 14 ley 25.164.

En el caso “Erbeta” **(42)** el Máximo Tribunal señaló como razonable el ejercicio de las facultades de reestructuración por la autoridad del organismo dado que apuntó a una “revisión integral de su estructura funcional” y operó como medida tendiente a “solucionar el grave déficit operativo y de funcionamiento que aquejaba a la institución”.

Esta decisión es clave, pues convalida la legitimidad de la reorganización como una herramienta para corregir disfuncionalidades, alineándose con el objetivo de eficiencia de la ley.

Ello es consistente con el legislador, que autoriza que a través de un informe técnico se dicten medidas de reestructuración “que comporten la supresión de órganos” **(43)**. Se encuentra excluido el personal con tutela sindical, así como el alcanzado por las leyes 22.431 y 23.109 respectivamente.

Asimismo, aquellas dependencias suprimidas “no podrán ser creados nuevamente, ni con la misma asignación ni con otra distinta por un plazo de dos años a partir de la fecha de su supresión” **(44)**.

En el caso que se disuelva un organismo por completo “el acto administrativo que la disponga deberá consignar, además, la jurisdicción u organismo que se convertirá en el responsable administrativo y disciplinario de la dotación del organismo suprimido” **(45)**.

En el caso “Ledesma” **(46)** el Máximo Tribunal rechazó el planteo de nulidad del acto administrativo de reestructuración orgánica y el cese de funciones transitorias. Ello por cuanto la medida que modificó el organigrama del Hospital contaba con motivación eficaz y suficiente.

En la doctrina autores como Correa **(47)** sostiene la legitimidad del obrar administrativo cuan-

do la función inherente al cargo desaparece por una reestructuración por cuanto no se altera el principio de estabilidad, así como tampoco implica desviación poder, ocultamiento o abuso de la potestad del Estado.

Para Otero Barba **(48)** uno de los desafíos del empleo público consiste en la ausencia de una estructura administrativa viable sumado a un análisis de las necesidades internas de la Administración pública.

Romero Verdún **(49)** recuerda los límites de las medidas de reestructuración dado que ellas no podrían encubrir ningún tipo de sanción disciplinaria sin el respectivo sumario administrativo, así como tampoco promover actos discriminatorios.

En conjunto, se evidencia la validez de la reestructuración como una herramienta legítima para la mejora del Estado sin vulnerar los derechos de los agentes públicos.

Un tercer eje de la reforma se enfoca en las empresas y sociedades del Sector Público. Tanto la ineficiencia operativa crónica como el déficit significativo de empresas y sociedades del Estado han incidido en el presupuesto nacional.

La crítica a estos modelos jurídicos se centra en la restricción de la autonomía de la decisión que desvía su finalidad y evade en ocasiones el control público.

Asimismo, la dispersión normativa sumado a la naturaleza y a las interpretaciones contradictorias impiden la determinación de un régimen jurídico aplicable a las empresas y sociedades del Estado.

Como hemos advertido en trabajos anteriores, existe una tensión inherente entre la aplicación del derecho privado y la exclusión de la legisla-

(42) Cfr. CS, Fallos, 346:1.

(43) Ver art. 11 ley 25.164.

(44) Ver art. 14 ley 25.164.

(45) Ver art. 5° Anexo Resolución 1/2024.

(46) Cfr. CS, Fallos, 345:386.

(47) Cfr. CORREA, J. L., “Legitimidad en el obrar administrativo: ausencia de vicio de desviación de poder por reestructuración del escalafón del hospital y por el cambio de

funciones sin alterar condición de revista”, LA LEY, 2022-E; ps. 7-12.

(48) Cfr. OTERO BARBA, F., “Nuevos retos: la Ley 27742 y su impacto en el empleo público”, en AA.VV., “Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino”, Tomo blanco, ps. 419-431.

(49) Cfr. ROMERO VERDÚN, I. F., “Empleo público y reforma del Estado”, RDA 152, ps. 256-263.

ción administrativa en la actividad económica del Estado **(50)**.

Destacamos en esa oportunidad la importancia de garantizar los principios derecho público en este nuevo marco de descentralización con fines empresariales. Entre ellos el control público, la transparencia, la eficacia y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

El dec. 70/2023 avanzó en esta línea al transformar a las sociedades y empresas con participación del Estado en Sociedades Anónimas. Según el art. 48 “estarán sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades 19.550, t.o. 1984 y sus modificatorias en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna”.

Como sostiene Junyent Bas **(51)** la transformación legal busca mejorar el gobierno corporativo, la transparencia y la participación de los trabajadores. La medida refleja una orientación hacia las privatizaciones de las actividades comerciales y empresariales en condiciones de mercado. Ella se distingue del proceso de privatización de las acciones que puede llegar ser simultáneo.

Por su parte, Carbajales **(52)** precisa que estas nuevas sociedades anónimas estatales no tendrán privilegios y competirán como cualquier empresa privada. Se procura mejorar la transparencia y facilitar la venta de acciones a empleados, privados y provincias.

Por su parte, el art. 4º de la ley 27.742 complementa este marco dado que alcanza a determinadas sociedades y empresas del Sector Público Nacional **(53)**. En ese pasaje de la delegación legislativa mientras el inc. a) permite su “modificación o transformación de su estructura jurídica”,

(50) Cfr. SALGAN RUIZ, L., “La aplicación de los principios de derecho público a la descentralización del Estado con fines empresariales”, *Temas de Derecho Administrativo* 2018-abril, ps. 249-259.

(51) Cfr. JUNYENT BAS, F., “En torno a la transformación de las empresas y sociedades del Estado en sociedades anónimas regidas por el derecho privado de conformidad al DNU 70/2023”, *eDial* DC338D.

(52) Cfr. CARBAJALES, J. J., “DNU 70/2023: desregulación energética y transformación de empresas públicas”, *LA LEY*, 2023-F, ps. 643-647.

(53) Ver inc. b) art. 8º ley 24.156.

el inc. b) habilita su “fusión, escisión, reorganización, reconformación o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos”.

Resulta significativo, como destaca Stortoni **(54)** la protección a los organismos de ciencia y tecnología. Sostiene que las facultades sobre las sociedades del Estado permiten su reorganización y transformación, pero no su disolución. El Estado regulador garantiza los derechos fundamentales luego de las privatizaciones.

La Procuración del Tesoro de la Nación precisó que la fusión “importa la transferencia o absorción de sus funciones sustantivas esenciales en una estructura nueva o preexistente, lo que garantiza la continuidad sustancial de sus fines institucionales” **(55)**.

Cáceres y Duffy **(56)** sostienen el carácter híbrido de las empresas estatales dado que concurren en su régimen jurídico mixto elementos del derecho público y privado. La reciente reforma apunta que actúen en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativas públicas.

El Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) dispone que la “participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de estas” **(57)**.

Asimismo, se dispuso la inaplicabilidad de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 toda vez que estos entes “se registrarán en sus relaciones con terceros por el derecho privado”.

Desde nuestra perspectiva, la exclusión de estas entidades con actividad industrial y comercial de la LNPA no considera la posibilidad que también puedan realizar actos de naturaleza administrativa que afecten a terceros. Esta situación justifica una ampliación de las potestades de la Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM).

(54) Cfr. STORTONI, G. A., ob. cit.

(55) Cfr. PTN, Dictámenes, 333:57.

(56) Cfr. CÁCERES, M. E. - DUFFY, A. M., “Régimen procesal de las empresas estatales: aspectos relevantes”, *RAP*, año XLVII Nros. 562/3, ps. 10-65.

(57) Ver art. 149, Cód. Civ. y Com.

Dado la naturaleza del derecho fundamental en juego puede requerir la aplicación los principios y normas administrativas, la JGM, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), puede resolver controversias a través del derecho público (58).

En este contexto, el inc. c) del art. 1° de la LNPA dispone que previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación el jefe de Gabinete de Ministros “podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público”.

Romero Verdún (59) señala que el personal de las empresas del Estado o empresas estatales utilizan figuras temporales y se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744. En su caso, la extinción del contrato de trabajo por la supresión de funciones o reestructuración proporciona una motivación suficiente y compatible con el art. 245 de la LCT.

En el caso “Luque” (60) el Máximo Tribunal precisó que el personal de la Casa de la Moneda que se rige por la ley laboral común no se encuentra alcanzado por “la estabilidad propia de los agentes estatales, garantizada por el arto 14 bis de la CN”.

Finalmente, el cuarto instrumento de la reforma se dirige a los fondos fiduciarios públicos, que como analiza Barra (61) son instrumentos esenciales que difieren de la figura fidecomiso y que su patrimonio mayoritariamente estatal se encuentra separado y protegido.

Los incs. a), b) y c) del art. 5° de la ley 27.742 fija pautas operativas que alcanzan a ciertos los fondos fiduciarios públicos. En ese pasaje el legislador autoriza al “Poder Ejecutivo nacional a modificar, transformar, unificar, disolver o liquidar los fondos fiduciarios públicos de conformidad

con las siguientes reglas, y las que surjan de sus normas de creación, instrumentos constitutivos u otra disposición aplicable”.

Stortoni (62) destaca la prudencia en la revisión de los fondos fiduciarios dado que la incidencia de su liquidación se proyecta tanto a las inversiones como al ejercicio de los derechos fundamentales.

A modo de síntesis, la delegación legislativa en la ley 27.742 configura un programa de reforma del Estado que se apoya en cuatro pilares instrumentales.

La modificación de competencias permite una racionalización funcional; la reorganización jurídica habilita una reestructuración orgánica profunda; la transformación de empresas estatales busca alinear su gestión con los principios de eficiencia de mercado sin abandonar los fines públicos y la revisión de fondos fiduciarios apunta a una mayor consolidación fiscal.

En conjunto, estos mecanismos otorgan al Poder Ejecutivo un margen significativo para adaptar la Administración pública a los desafíos contemporáneos.

IV. Nuevo paradigma del empleo público en Argentina: idoneidad, disponibilidad y potestad disciplinaria

La reforma en el empleo público en Argentina impulsada por la delegación legislativa busca el fortalecimiento de la potestad del Estado sobre la gestión de los recursos humanos. La profesionalización del empleo público promueve una mayor eficiencia y eficacia en la calidad de servicio.

La ley 27.742 modificó la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 y encomendó al Poder ejecutivo Nacional su reglamentación pertinente. El dec. 695/2024 asignó a la Secretaría de Transformación del Estado y Función Pública como la autoridad aplicación e interpretación de la ley 25.164.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo el órgano rector en materia de empleo público instrumentó la evaluación de competencias, la movilidad del personal, el personal en

(58) Cfr. SALGAN RUIZ, L. G., “Impacto de la Ley Bases en la teoría del acto administrativo”, Suplemento de Derecho Administrativo LA LEY, 2024-2, p. 74 y ss.

(59) Cfr. ROMERO VERDÚN, I. F., ob. cit.

(60) Cfr. CS, Fallos, 338:1104.

(61) Cfr. BARRA, R. C., “Los fondos fiduciarios públicos”, RAP 449, ps. 125-155.

(62) Cfr. STORTONI, G. A., ob. cit.

disponibilidad, la jubilación y el sistema disciplinario en la legislación de fondo.

Para mejorar la calidad del empleo público el legislador incorpora un Sistema de Evaluación Pública (SEP) como requisito para desempeñarse en la Administración Pública Nacional (APN). Este proceso garantiza el ingreso y la promoción por mérito, sentando las bases de una carrera administrativa más técnica y menos politizada.

El art. 4° del Anexo I del dec. 1421/2002 dispone que se “deberá aprobar una Evaluación General de conocimientos y competencias, diseñada y reglamentada a tal efecto por la Autoridad de Aplicación, la que será anónima”.

Más allá del mecanismo de selección, el artículo 8° de la reglamentación de la ley 25.164 exige que se acredite “idoneidad y con carácter previo y obligatorio, se deberá dar cumplimiento a la aprobación de la Evaluación General de conocimientos y competencias”.

El Reglamento de Evaluación General de Conocimientos y Competencias distingue dos categorías en el procedimiento: de un lado, las profesionales y de otro, las no profesionales (63).

Álvarez Tagliabué (64) sostiene que la causa de la ineficiencia del Estado es la falta de profesionalización y jerarquización del personal. Este es el problema cuyo origen subyace en el empleo público y requiere de un fortalecimiento del ingreso transparente por concurso y la capacitación permanente para la carrera administrativa.

De modo similar, Otero Barba (65) precisa que las evaluaciones periódicas y anónimas extendidas a todo el personal fortalecen la idoneidad en el ingreso, la permanencia y el mérito en la carrera administrativa del empleo público. Ese examen obligatorio se complementa con la ausencia de intervención de los sindicatos en el proceso de selección personal.

En esa línea de pensamiento, sostenemos la importancia del concurso en la función pública.

Consideramos la exigencia de un procedimiento previo y reglamentado que verifique la idoneidad para ocupar un cargo de la carrera administrativa financiado por el presupuesto (66). Respecto a los derechos del personal transitorio consistirá en la reparación integral desde el derecho público los daños de la desviación de poder originados en el uso de las figuras de excepción.

Paralelamente, la reforma consolida mecanismos de control y flexibilidad. El legislador consolida el segundo pilar que consiste en la potestad del Estado para la movilidad del personal. En efecto, el art. 15 de la ley 25.164 dispone que la “movilidad del personal de una dependencia a otra dentro o fuera de la misma jurisdicción presupuestaria, es una atribución del empleador”.

Su reglamentación específica queda sujeta a la negociación colectiva en el Sector Público Nacional. Concretamente “estará sujeta a la regulación que se establezca en los convenios colectivos celebrados en el marco de la ley 24.185”.

Al respecto, se ha indicado que la movilidad del personal representa una atribución del empleador cuyo ejercicio es discrecional dado que no depende del consentimiento del agente público ni tampoco de la incidencia del traslado en su patrimonio (67).

Otero Barba (68) precisa que se refuerza la potestad del Estado para mover al personal de una dependencia a otra incluso cuando ese el cambio del puesto de trabajo sucede entre las distintas áreas de la misma repartición. La eliminación del consentimiento sumado a la inexistencia de garantía de perjuicio del agente consolida la movilidad del personal dentro y fuera de la jurisdicción presupuestaria.

Como hemos sostenido en otra oportunidad, consideramos que el régimen exorbitante en la relación de empleo público se compone no solo

(63) Ver Resolución 26/2024

(64) Cfr. ÁLVAREZ TAGLIABUÉ, C., “Ley de Bases: modificaciones en materia de empleo público y derecho disciplinario”, en AA.VV., “Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino”, ps. 445-465.

(65) Cfr. OTERO BARBA, F., ob. cit.

(66) Cfr. SALGAN RUIZ, Leandro G.; “El principio de estabilidad en el derecho público local: nuevos límites a la potestad revocatoria del acto administrativo en la relación de empleo público encubierta”, LA LEY, 2018-C, ps. 79-86.

(67) Cfr. ÁLVAREZ TAGLIABUÉ, C., ob. cit.

(68) Cfr. OTERO BARBA, F., ob. cit.

de los derechos del agente público sino también de la potestad del *ius variandi* (69).

Se trata de una potestad que modifica las condiciones y modalidades de las prestaciones de trabajo. Como todo poder de actuación genérico de la administración se encuentra al servicio del interés público y reconoce a la razonabilidad como límite en su ejercicio.

El ejercicio de las facultades de reestructuración puede generar una causal de egreso de la Administración pública. En efecto, el inc. d) del art. 42 de la ley 25.164 dispone que la relación de empleo público se extingue por “Vencimiento del plazo que le correspondiere de conformidad con lo previsto en el art. 11 por reestructuración o disolución de organismos”.

El dec. 695/2024 creó el Registro de Personal en Situación de Disponibilidad (70) para los agentes públicos del régimen de estabilidad afectados por las medidas de reestructuración. El personal permanente afectado se encuentra alcanzado por los derechos, deberes y obligaciones que el personal en servicio efectivo.

Según el art. 51 del citado decreto, desde su notificación el agente público permanece en el registro por el periodo acorde a su antigüedad y percibe un haber equivalente a su situación escalafonaria con sus respectivos suplementos.

Durante ese periodo de disponibilidad deberá realizar las actividades de capacitación obligatoria y de reconversión laboral. Podrá cubrir los cargos vacantes de otras jurisdicciones. Tanto la negativa al cargo propuesto como el vencimiento del plazo en el registro generan el derecho a la percepción de la indemnización prevista en el art. 11 de la ley 25.164.

Esta nueva figura ha sido ampliamente analizada por la doctrina. Se ha puntualizado, así, que la dotación excesiva o la supresión de funciones producen un pase a disponibilidad automático del agente público sujeto al régimen de estabilidad en aquellos los organismos adminis-

trativos donde se aplicaron medidas de reestructuración (71).

Desde otro lugar, se ha precisado que introducción de la situación de la disponibilidad consolida la potestad de reestructuración de la Administración pública. La figura procede ante el exceso de personal para las funciones existentes y ofrece un periodo de espera para la reubicación del agente público. En su caso, se procede a su desvinculación automática con el pago de una indemnización (72).

Romero Verdún (73) señala que la supresión de funciones o de organismos afecta al personal con estabilidad de la ley 25.164 cuyo proceso los somete a reubicación en cargo vacante con perfil similar, disponibilidad y eventual pago de indemnización.

Alderete (74) define el pase a disponibilidad ante el exceso de personal y supresión de funciones opera como una excepción al principio de estabilidad. Este es mecanismo automático y simplificado que impone obligaciones de capacitación y prestación de servicios al empleado.

La jubilación es una causal de egreso de la Administración pública. En efecto, el inc. g) del art. 42 de la ley 25.164 dispone que la relación de empleo público concluye por “baja por jubilación”.

El legislador que dispone que el “personal podrá ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios cuando reúna los requisitos exigidos para obtener la jubilación ordinaria” (75). No pueden ser puestos en situación de disponibilidad aquellos agentes que estén en condiciones de jubilarse o pueden estarlo dentro del plazo de 12 meses (76).

Por su parte, el art. 55 del dec. 695/2024 encomienda a la Unidad de Recursos Humanos de la jurisdicción la intimación del trámite jubilatorio

(71) Cfr. ÁLVAREZ TAGLIABUÉ, C., ob. cit.

(72) Cfr. OTERO BARBA, F., ob. cit.

(73) Cfr. ROMERO VERDÚN, I. F., ob. cit.

(74) Cfr. ALDERETE, M., “Ley de Bases: cambios en materia de empleo público”, La Ley Diario del 24/07/2024 (segunda edición), ps. 1-3.

(75) Ver art. 20 ley 25.164.

(76) Ver art. 13 ley 25.164.

(69) Cfr. SALGAN RUIZ, Leandro G., “Alcance y límites del *ius variandi* en la relación de empleo público”, RDA 133, ps. 225-248.

(70) Ver Resolución 1/2024.

y la entrega de certificación de servicios. Asimismo, la autoridad previsional debe acreditar los requisitos exigidos para obtener la jubilación.

La intimación a iniciar el trámite jubilatorio ante la autoridad previsional se sostuvo, reduce el plazo máximo de permanencia en el servicio y configura una carga en cabeza del agente público que debe acreditarse incluso aquellos supuestos de tutela gremial **(77)**.

De este modo, se ha agregado que la modificación al proceso de intimación a la jubilación asigna la responsabilidad a la Unidad de Recursos Humanos y fija un plazo para que el agente acredite ante la jurisdicción el inicio del trámite previsional **(78)**.

Finalmente, las reformas del sistema disciplinario se alinean con la tesis de un fortalecimiento de la potestad estatal. Inicialmente analizamos en el proyecto de ley las perspectivas de la reforma del Estado en el derecho disciplinario. Especialmente en el desarrollo del procedimiento administrativo disciplinario, en la tipicidad de las infracciones disciplinarias, en la extinción de la acción disciplinaria, en el procedimiento recursivo y la prejudicialidad de la acción penal **(79)**.

Cuando el agente se encuentra involucrado en un procedimiento sumarial su situación procesal incide en la extinción de la relación de empleo público.

En primer lugar, el inc. b) del art. 42 dispone que la relación de empleo público concluye con la “renuncia aceptada o vencimiento del plazo de conformidad con lo previsto en el art. 22”.

En el caso “Magallanes” **(80)** el Máximo Tribunal precisó que la aceptación de la renuncia impide “subsistencia de relación de empleo público y la correlativa situación de subordinación jerárquica constituyen presupuesto necesario para el ejercicio del poder disciplinario estatal”.

(77) Cfr. ÁLVAREZ TAGLIABUÉ, C., ob. cit.

(78) Cfr. OTERO BARBA, F., ob. cit.

(79) Cfr. SALGAN RUIZ, L. G., “Perspectivas actuales del derecho administrativo disciplinario en la reforma del Estado”, La Ley Next.

(80) Cfr. CS, Fallos, 251:368.

El art. 22 de la ley 25.164 dispone que la “aceptación de la renuncia podrá ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta [180] días corridos si al momento de presentar la renuncia se encontrara involucrado en una investigación sumarial”.

En este sentido, el titular de la jurisdicción queda eximido de aceptar las renunciaciones en trámites de aquellos “que correspondan al personal con procesos sumariales en curso” **(81)**.

Esta disposición alcanza a los sumarios disciplinarios en trámite en las Oficinas de Sumarios. Sobre el particular, el art. 3° del dec. 456/2022 dispone que cuando “un hecho, por acción u omisión, pueda significar responsabilidad disciplinaria, exista o no perjuicio fiscal, para cuyo esclarecimiento se requiera una investigación, esta se sustanciará como información sumaria o sumario”.

En segundo lugar, el inc. b) del art. 11 del dec. 1421/2002 dispone que el personal con disponibilidad “que se encuentre suspendido preventivamente en un proceso sumarial o bien como consecuencia de la aplicación de una sanción disciplinaria, mantendrá tal condición y el derecho a la percepción de haberes”.

En cuanto a la suspensión preventiva, según el art. 54 del dec. 456/2022 procede cuando no fuere posible el “traslado de la o del agente o la gravedad del hecho lo hiciere aconsejable, la persona presuntamente incurso en falta podrá ser suspendida preventivamente por un plazo no mayor al establecido en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional”.

Respecto al derecho a la percepción de haberes, el inciso a) del art. 60 del RIA prescribe que solo procede para la persona suspendida “si en el respectivo sumario administrativo no resultara sancionada; si en este último se aplicare una sanción menor, los haberes le serán abonados en la proporción correspondiente; si la sanción fuere expulsiva, no percibirá suma alguna”.

Correlativamente el inciso i) del citado pasaje de la reglamentación actual de la ley 25.164 dispone que en “el caso de agentes sumariados, deberá suspenderse el pago de la indemnización hasta tanto se resuelva el sumario. No corres-

(81) Ver art. 2° Anexo Resolución 1/2024.

ponderará el pago si del procedimiento resultare la aplicación de medidas de cesantía o exoneración”.

Según el art. 61 del RIA se adquiere la condición cuando “hubiere motivo suficiente para considerar que una o un agente es responsable del hecho que se investiga, se procederá a recibirle declaración; ese llamamiento implicará su vinculación como sumariada o sumariado”.

Ello por cuanto según el inc. f) del art. 42 de la ley 25.164 dispone que la relación de empleo público concluye por la aplicación de las sanciones “cesantía o exoneración”.

Por un lado, la cesantía (82) en “todos los casos podrá considerarse la solicitud de rehabilitación a partir de los dos [2] años de consentido el acto por el que se dispusiera la cesantía o de declarada firme la sentencia judicial, en su caso” (83). Por el otro, la medida disciplinaria de exoneración (84) “conllevará necesariamente la baja en todos los cargos públicos que ejerciere el agente sancionado” (85).

El legislador incorporó como nueva causal de egreso la prohibición de realizar “durante sus horas laborales del servicio público cualquier tipo de tareas vinculadas a campañas electorales y/o partidarias” (86).

Álvarez Tagliabué (87) sostiene que esta nueva prohibición que incorpora la ley 25.164 presenta desafíos en la práctica dado que muchas veces son las propias autoridades las que coaccionan a los empleados a participar durante el horario de trabajo de estas actividades políticas.

Otero Barba (88) señala que las faltas y las sanciones del sistema disciplinario se ponen más riguroso en cuanto a su cumplimiento y ofrece una mayor discrecionalidad a la autori-

dad competente en la graduación del reproche disciplinario.

Alderete (89) destaca que la prohibición de la actividad política es una de las reformas más significativas para el derecho disciplinario. El autor destaca el endurecimiento sanciones por inasistencias injustificadas y la extensión de los plazos de prescripción.

Por nuestra parte, nos hemos ocupado sobre el impacto de la ley 27.742 en el derecho administrativo disciplinario. Hemos destacado en otra oportunidad los principios aplicables, las garantías del agente público, el diseño del acto de gravamen, la impugnación administrativa y judicial (90).

En síntesis, la transformación del empleo público parte de un cambio de paradigma que se configura a partir de una nueva dinámica entre el Estado y sus agentes donde se prioriza la idoneidad.

V. Reflexiones finales

Hemos analizado las reformas del Estado en Argentina, especialmente aquellas relacionadas con la modernización de la Administración pública, la desregulación económica, el nuevo régimen de empleo público y los debates sobre la constitucionalidad de las facultades del Poder Ejecutivo.

En primer lugar, la desregulación normativa avanza con medidas de simplificación (dec. 891/2017), revisión integral de la normativa (dec. 90/2025) para eliminar cargas innecesarias y finalmente las distorsiones del mercado (DNU 70/2023). Esto implica una redefinición de la presencia y rol del Estado en la economía.

En segundo lugar, la ley 27.742 es un instrumento clave para la transformación del Estado que procura agilidad y eficiencia operativa. La delegación legislativa modifica competencias, reorganiza estructuras administrativas, transforma empresas estatales en sociedades anónimas y revisa fondos fiduciarios públicos.

(89) Cfr. ALDERETE, M. I., ob. cit.

(90) Cfr. SALGÁN RUIZ, L. G.; “Impacto de la ley 27.742 en el derecho administrativo disciplinario”, RDA 158, ps. 37-57.

(82) Ver inc. c) art. 30 ley 25.164.

(83) Ver art. 32 ley 25.164.

(84) Ver inc. d) art. 30 ley 25.164.

(85) Ver art. 33 ley 25.164.

(86) Ver inc. j) art. 24 ley 25.164.

(87) Cfr. ÁLVAREZ TAGLIABUÉ, C., ob. cit.

(88) Cfr. OTERO BARBA, F., ob. cit.

En tercer lugar, el nuevo paradigma del empleo público se enfoca en la idoneidad con evaluaciones y concursos, la movilidad del personal como potestad del empleador, la situación de disponibi-

lidad para reestructuraciones con indemnización si no hay reubicación, la intimación a la jubilación y el fortalecimiento del régimen disciplinario con nuevas causales de egreso y prohibiciones.

La desregularización en el sector de hidrocarburos. Primera parte (*)

Julio C. Fonrouge Echagüe (**)

Sumario: I. Introducción. — II. La desregularización en el sector de hidrocarburos.

I. Introducción

En función de la sanción de la ley 27.742 (en adelante, Ley Bases) (1), se promulgó como política del Gobierno Nacional la desregularización progresiva e integral de la actividad económica y en competencia.

Cabe preguntarse lo siguiente: ¿es esto una novedad? La respuesta es negativa.

Ya en el año 1989 la ley 23.696 (2) de emergencia económica y de reforma del estado llevó adelante un procedimiento de desregularización y de privatización total o parcial —o, incluso, a la liquidación— de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional, condicionado esto a que en forma previa hayan sido declaradas “sujeta a privatización”.

En tal escenario, se llevó adelante la privatización de YPF SE, proceso que se inició y desarrolló con sus principales reformas entre los años 1989 y 1992. Básicamente, en forma inicial se llevó adelante la modificación del tipo societario —que era una sociedad del Estado— para transformarse en una sociedad anónima.

Así las cosas, fue un proceso que se llevó a adelante en forma parcial, hasta su expropiación en el año 2012.

A simple vista, la solicitud del proceso de emergencia y privatizaciones promovido en el

año 1989 en adelante se asimila al escenario de transformación del Estado actual.

En lo que refiere a la desregularización del sector de hidrocarburos, en el marco de las facultades delegadas por la ley 23.696 se emitió el dec. 1055/1989 que, en sus considerandos, ponderaba:

“Que es decisión del Gobierno Nacional propiciar la reactivación de la explotación de hidrocarburos mediante el aumento de su producción en yacimientos actualmente operados por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado.

“Que existen yacimientos de hidrocarburos operados por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado en los cuales se registra un bajo nivel de producción como consecuencia de su inactividad prolongada y/o estado de semiexplotación.

“Que tales yacimientos por su característica de marginalidad requieren para su reactivación y aumento de producción la aplicación de un esquema de explotación que permita la activa y directa participación de inversiones provenientes del capital privado.

“Que así también en aquellos yacimientos operados por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado que registran un mayor nivel de producción resulta necesario lograr una mejor recuperación del recurso aplicando técnicas de producción asistida.

“Que tales técnicas requieren el aporte de moderna tecnología y capacidad económica-financiera que concurren al desarrollo de los yacimientos en forma asociada con Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado.

(*) La primera parte excluye el marco regulatorio del gas natural y reformas introducidas a la ley 24.076 y su decreto reglamentario.

(**) Socio fundador del estudio “Fonrouge abogados”.

(1) BO 8/07/2024.

(2) BO 23/08/1989

“Que mediante los esquemas propuestos para la reactivación de la producción de hidrocarburos habrá de concretarse el cobro de un derecho de explotación o de asociación cuyo monto deberá reflejar el potencial de los yacimientos, sus niveles de productividad actual, sus instalaciones de superficie e información técnica disponible.

“Que de acuerdo con la clasificación de los yacimientos en base a los esquemas planteados resulta conveniente agruparlos en áreas, alentando de esta forma la exploración, desarrollo y explotación integral de las mismas.

“Que la participación de las provincias en la etapa de producción de hidrocarburos es considerada como un factor de desarrollo económico y de apertura en el marco de un activo federalismo.

“Que es objetivo del Gobierno Nacional reemplazar en forma creciente la intervención del Estado en la fijación de los precios, márgenes bonificaciones, cuotas, cupos, etc., por los mecanismos de asignación del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda.

“Que la política del Gobierno Nacional en materia de hidrocarburos se basa en la desregulación progresiva e integral de la actividad, que conduzca a la efectiva y libre competencia en todos los segmentos en el menor tiempo posible reflejando los valores internacionales, debiendo en consecuencia conceder la libre disponibilidad de la producción obtenida bajo estos esquemas de explotación, tanto en el mercado interno como para la eventual exportación de los productos.

“Que la implementación de estas modalidades de exploración, desarrollo y explotación requiera la fijación de plazos en sus distintas etapas que aseguren mayor ejecutividad posible”.

En este orden, el art. 1° del dec. 1055/1989 reglamentó los arts. 8°, 9°, 10 y 11 de la ley 23.696 y los arts. 2°, 6°, 11°, 95 y 98 de la ley 17.319 (texto previo a la reforma de la Ley Bases), y declaró de prioritaria necesidad la promoción, desarrollo y ejecución de planes destinados a incrementar la producción nacional de hidrocarburos líquidos y gaseosos, incluyendo sus derivados para asegurar el autoabastecimiento interno y un adecuado margen de reservas, alcanzar el desarrollo pleno de las industrias petroquímicas y obtener saldos

exportables, privilegiándose la industrialización de los recursos en su lugar de origen.

Paralelamente, el art. 22 del dec. 1055/1989 declaró “la desregulación de la industria”, a instrumentarse dentro de los quince días siguientes a la entrada en vigencia del decreto imponiendo a los ex Ministerios de Economía y de Obras y Servicios Públicos a elevar un programa de progresiva desregulación integral de la industria basado en el cumplimiento del plan de crecimiento de la producción de hidrocarburos incremento de las reservas del país y equitativa participación en la distribución de la renta petrolera que se genera de todos los sectores que contribuyen a su formación.

En forma clara, sea en sus considerandos como en su parte resolutiva, el citado decreto apuntó la desregularización progresiva e integral de la actividad de producción y refinación de hidrocarburos, estableciendo como pauta la no intervención del Estado en la determinación del precio de los hidrocarburos.

Y en lo sustancial, se declaró la libre disponibilidad del producido, esto habilitando a las productoras a que:

a) Podrán ser comercializados libremente en el mercado Interno y externo, dentro del marco legal vigente.

b) Se asegurará a las empresas el acceso a los sistemas o medios de tratamiento, movimiento, almacenaje y despacho, a tarifas compatibles con valores internacionales.

c) El pago de la regalía de los hidrocarburos de libre disponibilidad estará a cargo de las empresas, de acuerdo con las disposiciones que reglamente la Autoridad competente en la materia.

Posteriormente, los decs. 1212/1989 y 1589/1989 complementaron las medidas dispuestas por el dec. 1055/1989.

En particular, el dec. 1212/1989 apuntó en sus considerandos:

“Que en el marco de la apertura de la economía nacional debe establecerse un conjunto de reglas de juego tendientes a sustituir en forma creciente la intervención del Estado por los mecanismos de asignación del mercado, en igualdad de condiciones, estableciéndose el principio

de libre disponibilidad de petróleo crudo y sus derivados.

“Que ello no significará renunciar al planeamiento y control del Sector Energético, herramientas necesarias para promover la utilización óptima de todos los recursos que dispone el país, al servicio de la Revolución Productiva y en concordancia con las adecuadas señales económicas que promuevan las políticas fijadas.

“Que, como parte de la desregulación, es adecuado que los precios de los hidrocarburos y sus derivados de origen nacional reflejen los precios internacionales.

“Que se hace necesario derogar o reemplazar normas que limiten la libre comercialización de petróleos crudos o derivados o constituyan prácticas monopólicas.

“Que debe asegurarse la satisfacción de las necesidades del mercado interno y a la vez, el desarrollo de todo el potencial de la industria petroquímica, en un marco de plenas libertades.

“Que transformar Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado en una empresa competitiva, exige eliminar todas las trabas y regulaciones que le impidan la total integración de sus actividades y darle las condiciones de autonomía que permitan su inserción, en igualdad de condiciones con las empresas privadas, en un mercado local más competitivo y en los mercados internacionales.

“Que Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado tendrá así aseguradas las condiciones para maximizar su eficacia, eficiencia y productividad, con el objeto de satisfacer los requerimientos del mercado en condiciones de calidad, continuidad y precio, con adecuadas reservas estratégicas, constituyéndose en herramienta fundamental que interprete la política petrolera definida por el Gobierno Nacional.

“Que la presencia de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado en el mercado y una adecuada política tributaria permitirán orientar la política energética, en términos de un uso eficiente de los recursos y la apropiación colectiva de la renta.

“Que la diversidad de bocas de expendio actual, en cantidad y variedad de oferentes, permi-

te asegurar las condiciones y para una sana y leal competencia entre las empresas”.

De hecho, el dec. 1212/1989 fijó como sus objetivos:

1) “La desregulación del Sector Hidrocarburos, para lo cual se establecen reglas que privilegian los mecanismos de mercado para la fijación de precios, asignación de cantidades valores de transferencia y/o bonificaciones en las distintas etapas de la actividad” (3).

2) Que “las autoridades promoverán la existencia de una franca y leal competencia en igualdad de condiciones para todas las empresas que actúan en el sector, estatales y privadas, en beneficio del interés general y de los usuarios”.

3) “Deberá procurarse mejorar la eficiencia y asignación productiva del sector, excluyéndose la mera transferencia de renta entre sus componentes como objetivo de la desregulación, para lo cual se orientarán los precios hacia los de indiferencia de exportación. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado optimizará la integración de sus actividades de condiciones de autonomía que aseguren su eficiencia y competitividad en igualdad con las empresas privadas”.

Así, el dec. 1212/1989 avanzó sobre la eliminación de las cuotas sobre el crudo, la libre disponibilidad del producido, la libre importación y exportación de crudo, la reconversión de contratos, libertad de precios del crudo luego de transcurrido el periodo de transición (4), desregulando en

(3) Art. 1º del dec. 1212/1989.

(4) Por ejemplo, baste citar del dec. 1212/1989: “Art. 4º — Libre Disponibilidad. El petróleo producido por los nuevos concesionarios y el porcentaje que corresponda al socio privado, serán de libre disponibilidad de acuerdo con el art. 15 del Decreto 1065/1989. Art. 5º — Asignación Transitoria de Crudos. La Secretaría de Energía continuará asignando crudo según el régimen vigente, conforme a lo indicado en el Anexo 1 del presente Decreto, hasta el 31 de diciembre de 1990, salvo que previamente se alcance un Volumen equivalente a ocho millones (8.000.000) de m3 anuales de petróleo de libre disponibilidad. A partir de ese momento, quedará eliminada la asignación de cuotas de crudo y el de propiedad de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado será de libre disponibilidad conforme al art. 15 del dec. 1065/1989. Art. 6º — Libre importación y exportación. La importación de petróleos crudos y de productos derivados del petróleo no requerirá autorización previa y estará exenta de aranceles de importación hasta

especial al sector de refinación y venta en boca de expendio (5).

El dec. 1589/1989 estableció medidas de desregularización y de incentivo, la exención de aranceles a la importación y exportación de crudo y un marco de libre disponibilidad de divisas por la exportación, y en especial, de *open access* en el transporte (6).

alcanzar la condición o el término que se establecen en el artículo 5° de este decreto. A partir de ese momento, la importación de petróleo crudo y de sus derivados quedará sujeta a la política arancelaria general. Para la exportación de petróleo crudo y sus derivados, la Secretaría de Energía se pronunciará respecto de la autorización de exportación dentro de un plazo máximo de siete [7] días hábiles desde la solicitud, pasado el cual se considerará automáticamente otorgada”.

(5) Ver del dec. 1212/1989: “Art. 11. — Refinerías. La instalación de capacidad adicional de refinación será libre, sin otro requisito que el cumplimiento de las normas de seguridad y técnicas que establezcan las reglamentaciones generales vigentes. Art. 12. — Instalación de bocas de expendio. Cuando se cumpla el término o la condición del art. 5°, la instalación de nuevas bocas será libre, sujeta a las normas de seguridad y técnicas que establezca la Secretaría de Energía. Art. 13. — Régimen Transitorio. El régimen vigente de autorización de bocas de expendio se mantendrá hasta que se cumpla la condición de libertad para la instalación de nuevas bocas. Art. 14. — Libre Titularidad de Bocas. Será libre la titularidad de las bocas cuando se cumpla el término o la condición del art. 5°. Los titulares deberán cumplir con los requisitos de capacidad técnica, comercial y económica que establezca la autoridad competente, asumiendo todas las responsabilidades que derivan del servicio. La Secretaría de Energía, en un plazo de seis [6] meses, tipificará las infracciones y establecerá el régimen de sanciones correspondiente”.

(6) Cabe resaltar del dec. 1589/1989: “Art. 3°.— De la exportación e importación de hidrocarburos. Autorízase la exportación e importación de hidrocarburos y sus derivados, las que estarán exentas de todo arancel, derecho o retención presentes o futuros. Tampoco gozarán de reintegros o reembolsos presentes o futuros, caducando desde la vigencia del presente decreto los existentes. La documentación de exportación será autorizada con ajuste a lo dispuesto en el art. 4°, párrafo 2° del dec. 1212/1989. Las respectivas solicitudes podrán referirse a transacciones singulares o a programas de exportación por plazos que, en el caso de hidrocarburos líquidos, no podrán ser mayores a un [1] año. Art. 6°.— Del tipo de cambio. El tipo de cambio a aplicar para la liquidación de exportaciones e importaciones de hidrocarburos y derivados correspondiente al porcentaje en moneda corriente en el país, será el tipo vendedor cotizado para transferencias en dólares estadounidenses por el Banco de la Nación Argentina al cierre de las operaciones del día anterior al de la liquidación

Esto es, se evidencia que el proceso de desregularización del sector se instrumentó en forma progresiva desde el año 1989 a partir del marco normativo referenciado, medidas que pueden verificarse reincididas a partir del marco de la Ley Bases y de las medidas adoptadas en consecuencia.

Pero cabe preguntarse, ¿por qué la necesidad de reincidir sobre medidas ya preestablecidas por el Estado argentino?

Claramente, el grado de desproporcionalidad de la intervención administrativa afectó el proceso de desregularización instrumentado desde el año 1989, al extremo de formalizar el Estado nacional la expropiación de la participación accionaria de REPSOL en YPF SA, medida que —como es de público conocimiento— sirvió de sustento a reclamos judiciales en foráneas jurisdicciones.

Ello así, es válido afirmar que la intervención administrativa que se instrumentó en dos frentes, esto es, tanto el nacional como el provincial (7), al extremo de haber instituido cada provincia productora un marco propio, con una em-

de las divisas respectivas. En caso de existir diversos tipos de cambio oficiales, se aplicará aquel que mejor refleje la real relación de cambio entre ambas monedas. El Banco Central de la República Argentina, juntamente con el Ministerio de Economía, establecerán, de común acuerdo con el concesionario y/o socio privado, un procedimiento de arbitraje para los casos de desacuerdo respecto del tipo de cambio oficial relevante. Art. 5°.— De la libre disponibilidad: Los productores con libre disponibilidad de petróleos crudos, gas natural y/o gases licuados en los términos de los arts. 6° y 94 de la ley 17.319, 14 y 15 del dec. 1055/1989, arts. 3° y 4° del dec. 1212/1989 y los productores que así lo convengan en el futuro, tendrán la libre disponibilidad del porcentaje de divisas establecido en los concursos y/o renegociaciones, o acordado en los contratos respectivos, ya sea que los hidrocarburos se exporten, en cuyo caso no estarán obligados a ingresar las divisas correspondientes a dicho porcentaje, o sean vendidos en el mercado interno, en cuyo caso tendrán acceso a las divisas correspondientes a dicho porcentaje. En todos los casos el porcentaje máximo de la libre disponibilidad en el mercado libre de divisas no podrá exceder al setenta por ciento (70%) del valor de cada operación. El porcentaje de libre disponibilidad de divisas regirá para toda exportación de petróleo crudo de libre disponibilidad o para la exportación de derivados provenientes del procesamiento de petróleos crudos de libre disponibilidad. Para la conversión del porcentaje de las divisas que se deban ingresar, se aplicará el tipo de cambio que se indica en el artículo anterior”.

(7) Conf. leyes 24145 y 26197.

presa provincial interviniendo en la actividad, soslayando proyectar una integración regional por cuenca.

Pues bien, la incidencia de la actuación estatal en las actividades en competencia puede ser negativa como positiva.

En el caso de la intervención positiva, la actividad del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo deriva en la creación *ex novo* de nuevos derechos o atribuciones (esto son, medidas de fomento, por ejemplo, beneficios de promoción industrial o beneficios de promoción minera, entre otros).

Al respecto, el declive de la mayor parte de las cuencas productivas en el país impone calificar de insuficientes las medidas de fomento adoptadas, incluso al extremo de calificar a las medidas de fomento de compra y contrata local aplicadas al sector de hidrocarburos como restrictivas y, de tal forma, barreras de acceso y/o proteccionistas a favor de proveedores locales, lo que descalifica su finalidad de fomento (8). Dicho escenario se vio además afectado por las medidas nacionales de restricción a la exportación, implementación de aranceles a la exportación o, incluso, mediante la instrumentación de barreras para arancelarias para la importación de mercaderías.

Por su parte, la intervención negativa traduce actos de gravamen o desfavorables, léase, en un poder estatal de limitación, imposición o de extinción de derechos individuales, por causa del interés público (9).

Tal fue el tenor de la suerte padecida por el marco de desregularización instrumentado a partir del año 1989.

II. La desregularización en el sector de hidrocarburos

Como bien enseña Cassagne (10), procesos de transformación del Estado —como el instrumen-

tado a partir de la Ley Bases— tiene entre sus características esenciales, en el plano económico, el de instituir una economía social de mercado como sistema predominante, apoyado por dos principios esenciales:

i) El de la libre iniciativa, que el Estado debe proteger y resguardar mediante el cese de la intervención como técnica de participación en la economía.

ii) El de la libre concurrencia al mercado, lo que se procura a través de la desmonopolización, la prevención y sanción de la competencia desleal y las desregularizaciones.

Así, bien señala Cassagne que la desregularización “ha provocado un cambio de signo en el intervencionismo estatal que se orienta en un sentido más favorable a las libertades económicas y sociales mediante diferentes técnicas que tienden a proteger y estimular, en su caso, la iniciativa privada, la concurrencia al mercado y el pluralismo social” (11), siendo sus bases la libertad y la competencia.

La ley 27.742 (Ley Bases) modificó, entre otros, el texto de los arts. 2° a 7° de la ley 17.319. Veamos:

“Art. 2° — Las actividades relativas a la explotación, procesamiento, transporte, almacenaje, industrialización y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas, conforme a las disposiciones de esta ley y las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo.

“Art. 3° — El Poder Ejecutivo nacional fijará la política nacional con respecto a las actividades mencionadas en el art. 2°, teniendo como objetivos principales, además de los dispuestos por el art. 3° de la ley 26.741, maximizar la renta obtenida de la explotación de los recursos y satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país.

“Art. 4° — El Poder Ejecutivo nacional o provincial, según corresponda, podrá otorgar permisos de exploración y concesiones de explotación, autorizaciones de transporte y almacenaje, y habilitaciones de procesamiento de hidrocar-

(8) Conf. FONROUGE ECHAGÜE, Julio C. (h.) “El régimen de compra argentino y de desarrollo local de proveedores Segunda parte: La Provincia de Santa Cruz”, en elDial.com - DC2834.

(9) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”. Ed. Lexis Nexis, 2006, octava edición actualizada, T. II, p. 442 y ss.

(10) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”. Ed. Abeledo Perrot, 2000, sexta edición actualizada,

T. I, p. 71 y ss.,

(11) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 72 y ss.

buros, con los requisitos y en las condiciones que determina esta ley.

“Art. 5° — Los titulares de permisos, concesiones y autorizaciones, sin perjuicio de cumplir con las demás disposiciones vigentes, constituirán domicilio en la República y deberán poseer la solvencia financiera y la capacidad técnica adecuadas para ejecutar las tareas inherentes al derecho otorgado. Asimismo, serán de su exclusiva cuenta los riesgos propios de la actividad minera.

“Art. 6° — Los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados libremente, conforme la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

“El Poder Ejecutivo nacional no podrá intervenir o fijar los precios de comercialización en el mercado interno para ninguna de las actividades indicadas en el párrafo anterior.

“Los permisionarios, concesionarios, refinadores y/o comercializadores podrán exportar hidrocarburos y/o sus derivados libremente, sujeto a la no objeción de la Secretaría de Energía. El efectivo ejercicio de este derecho estará sujeto a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional, la cual entre otros aspectos deberá considerar: (i) los requisitos habituales vinculados al acceso de los recursos técnicamente probados; y (ii) que la eventual objeción de la Secretaría de Energía solo podrá ser formulada dentro de los treinta [30] días de puesta en su conocimiento las exportaciones a practicar, debiendo estar fundada en motivos técnicos o económicos que hagan a la seguridad del suministro. Transcurrido dicho plazo, la Secretaría de Energía no podrá realizar objeción alguna.

“Art. 7° — El comercio internacional de hidrocarburos será libre. El Poder Ejecutivo nacional establecerá el régimen de importación y exportación de los hidrocarburos y sus derivados asegurando el cumplimiento del objetivo enunciado por el art. 3° y lo establecido en el art. 6°”.

En citado art. 3° de la ley 26.741 también fue objeto de modificación por la Ley Bases:

“Art. 3°. Establécense como principios de la política hidrocarburífera de la República Argentina los siguientes:

“a) La promoción del empleo de los hidrocarburos y sus derivados como factor de desarrollo e incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y de las provincias y regiones.

“b) La conversión de los recursos hidrocarburíferos en reservas comprobadas y su explotación y la restitución de reservas.

“c) La integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales.

“d) La maximización de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del abastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo.

“e) La incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y la promoción del desarrollo tecnológico en la República Argentina con ese objeto.

“f) La promoción de la industrialización y la comercialización de los hidrocarburos con alto valor agregado.

“g) La protección de los intereses de los consumidores relacionados con la calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos.

“h) La exportación de hidrocarburos para el mejoramiento de la balanza de pagos, garantizando la explotación racional de los recursos y la sustentabilidad de su explotación para el aprovechamiento de las generaciones futuras”.

Podemos verificar la reincidencia de la libre disponibilidad y el libre comercio internacional de hidrocarburos como factores comunes a los antes descriptos en el marco del proceso de desregularización instrumentado a partir del año 1989.

El dec. 1057/2024 reglamentó las reformas introducidas por la Ley Bases a la ley 17.319.

En igual sentido al descripto respecto de los decs. 1059/1989, 1212/1989 y 1589/1989, en sus considerandos la reglamentación de la Ley Bases ponderó:

“Que tales modificaciones tienen como finalidad flexibilizar determinadas etapas de la actividad hidrocarburífera para permitir un mayor desarrollo de la exploración, la explotación y la exportación de petróleo y gas, y mejorar la competencia y la transparencia.

“Que, en ese marco, las reformas realizadas a partir del 10 de diciembre de 2023 han contribuido a la consolidación de un clima favorable y propenso a la generación de inversiones, brindando una mayor seguridad jurídica a los inversores y reduciendo ciertas prerrogativas discrecionales del Estado Nacional y de las Provincias como autoridades concedentes, excluyendo arbitrariedades”.

En este orden, la reglamentación determinó como pautas de proceso de desregularización del sector:

a) El libre mercado;

b) El incentivo de la competencia a través de la máxima participación de actores en la cadena de producción y en los distintos sectores que componen la oferta;

c) El alineamiento de los precios internos a los resultantes de los productos y/o servicios finales de las actividades objeto de transacciones internacionales, considerando las condiciones para la seguridad de suministro, teniendo como referencia las respectivas paridades de importación y de exportación, con el objetivo de reducir y/o eliminar los factores que causan distorsiones para alcanzar dicho alineamiento;

d) La asignación eficiente de los recursos;

e) El incentivo a la celebración de contratos de largo plazo, la competitividad, la productividad y la integración al comercio mundial; y

f) La seguridad del suministro presente y futuro de hidrocarburos de la República Argentina.

En este orden, se evidencia la libre determinación del precio, del comercio internacional (sujeta a un procedimiento de no objeción), como, además, de libre disponibilidad del producido.

Al efecto de la eficacia de las medidas establecidas, resulta imperativa la institución de medidas de fomento regionales por cada cuenca productiva, imponiendo a las provincias productoras a revisar medidas de fomento que, en rigor, en su ejecución y práctica constituyen medidas de intervención administrativa negativas.

Los procesos de privatización frente al deber de fomento y protección de derechos humanos

Federico M. Egea
Juan Bautista Justo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Justificación teórico-política del proceso de privatizaciones.— III. Antecedentes en materia de privatizaciones.— IV. El deber de prevención del Estado en materia de derechos humanos.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El nuevo proceso de privatizaciones en nuestro país comenzó a implementarse a partir de la sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, que derogó las leyes 15.349 de Sociedades de Economía Mixta, 13.653 de Empresas del Estado, 20.705 de Sociedades del Estado y la figura de la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, a la vez que habilitó la privatización del Banco de la Nación Argentina.

La ley 27.742 contempló la privatización de varias firmas y reestableció todo el mecanismo de privatizaciones originalmente diseñado bajo la ley 23.696.

A través del dec. PEN 644/2024 fue creada la Agencia de Transformación de Empresas Públicas, a la cual se encomendó llevar adelante, en un plazo de 2 años, la privatización de 58 empresas públicas, entre las cuales se encuentran Agua y Saneamientos Argentinos SA (AySA) —que brinda el servicio de abastecimiento de agua y

saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires— Aerolíneas Argentinas, Banco de la Nación Argentina, Correo Oficial de la República Argentina, Radio y Televisión Argentina, Ferrocarriles Argentinos, entre otras.

Como es sabido la privatización es un proceso mediante el cual el sector privado asume, parcial o totalmente, la responsabilidad por el desempeño de actividades tradicionalmente a cargo del Estado, entre ellas muchas expresamente concebidas para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Frente a esta circunstancia, resulta trascendental indagar en qué medida y de qué forma puede impactar este proceso respecto de los deberes de fomento y protección de derechos humanos en cabeza del Estado, aplicando para ello los estándares de razonabilidad y progresividad como fuente de validez primaria en nuestro ordenamiento.

Concretamente, resulta necesario preguntarse: ¿son las entidades privadas dedicadas a obtener el máximo beneficio las más indicadas para proteger los derechos de la comunidad? ¿Es posible privatizar servicios vitales de tal modo que

(*) Profesores de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue.

se garantice que las personas más vulnerables no resulten aún más desfavorecidas? Si para ello se requieren condiciones exhaustivas, ¿no contradice eso gran parte de los argumentos que justifican la privatización? ¿Cómo pueden las empresas garantizar los derechos de las personas más necesitadas sin mermar su propia rentabilidad? ¿Cómo pueden unas entidades públicas insuficientemente financiadas vigilar eficazmente el desempeño de diversas empresas privadas, si quiera para velar por la no discriminación, por no hablar del respeto de los derechos humanos en general? ¿Qué papel provechoso pueden desempeñar la participación y la rendición de cuentas cuando las empresas privadas, que funcionan con arreglo a principios comerciales, están adoptando decisiones fundamentales que influyen en el bienestar colectivo y en los derechos individuales? ¿Cómo pueden los mecanismos internacionales de rendición de cuentas en materia de derechos humanos desempeñar algún papel de importancia cuando la privatización tiene lugar dentro de marcos que excluyen las consideraciones de derechos humanos y cuando las entidades privadas insisten en que no tienen obligaciones a este respecto? Entre otros muchos interrogantes, abordaremos algunos de esos aspectos en el presente artículo.

II. Justificación teórico-política del proceso de privatizaciones

Al intentar justificar la implementación del proceso de privatizaciones, las normas de implementación ensayan argumentos netamente vinculados a cuestiones económicas (reducción del déficit) para, desde allí, derivar a parámetros de eficiencia, competitividad, atracción de inversiones privadas, desregulación de la economía y modernización del estado (1).

Así, en una primera aproximación, es posible notar que, pese a tratarse de procesos que versan sobre actividades directamente vinculadas con el ejercicio efectivo de derechos humanos, muchas veces la justificación teórica-política de los procesos de privatizaciones se focaliza exclusivamente en la variable económica, y se desentiende de las implicancias que ellos poseen frente a los deberes de fomento y protección de derechos humanos.

(1) Este modelo de justificación teórica se replica de manera muy similar en las exposiciones de motivos de la ley 23.696 y la ley 27.742

Se trata de una clara absorción y determinación del campo económico por sobre el campo normativo, de manera tal de que, en lugar de subordinar la política económica a la observancia estricta del ordenamiento, se somete la vigencia normativa a la “eficiencia económica”.

Esta construcción de parámetros de eficiencia solo a partir de variables económicas supone una segmentación y una subordinación que prima facie aparece como improcedente.

En efecto, el análisis de una problemática cualquiera por fuera de sus implicancias legales supone una vulneración al principio de legalidad y lo que es aún peor, el apartamiento de pautas elementales relacionadas con la dignidad, la equidad, la razonabilidad y la progresividad en materia de derechos.

En teoría económica la eficiencia se analiza solo en relación con el equilibrio entre oferta y demanda y no existe ninguna consideración respecto de la equidad en la distribución, de manera tal de que en tanto exista un adecuado equilibrio entre estos dos factores resulta indiferente la forma en que se practica la distribución.

Este fenómeno ha sido puesto de relevancia especialmente por Richard y Peggy Musgrave, al indicar la constante posición de los economistas en relación con que una teoría de distribución justa y equitativa no está dentro de la esfera de la economía y que —de acuerdo con esa posición— la cuestión de la equidad en la distribución debe ser dejada en manos de filósofos, poetas y políticos (2).

Concretamente, se trata en la especie de un análisis sesgado de la “eficiencia” (3), ya que esta se postula solo en términos exclusivamente económicos y prescinde de otros factores que integran necesariamente cualquier política gubernamental.

(2) MUSGRAVE, Richard - MUSGRAVE, Peggy B., “Hacienda Pública teórica y aplicada”. Quinta edición, p. 90.

(3) El entrecomillado se debe a que históricamente se ha demostrado que los procesos de privatización del sector público no han resultado eficientes ni aun cuando fueron mensurados desde parámetros estrictamente económicos, véase entre, muchos otros: AZPIAZU, Daniel - BASUALDO, Eduardo, “Las privatizaciones en la Argentina. Genesis, desarrollo y principales impactos estructurales”, Flasco, 2004.

Como es evidente y más allá de la teoría económica liberal, la equidad en la distribución, el fomento y la protección de derechos humanos son factores imprescindibles e insoslayables para analizar la razonabilidad de una medida de gestión estatal y estos elementos no pueden ser desplazados ni invisibilizados mediante la utilización de discursos sesgados.

III. Antecedentes en materia de privatizaciones

Genéricamente concebidos, los procesos de privatización pueden ser definidos como una desinversión completa por la cual todos —o prácticamente todos— los intereses de una administración pública respecto de unos activos de suministro o un sector son transferidos al sector privado, incluso en el caso de que se mantenga algún tipo de supervisión o regulación oficial (4).

Estos sistemas de transferencia de activos al sector privado han sido ampliamente utilizados a partir de finales de la década del 70' en diversas regiones del mundo, recurriendo para ello a la versión exclusivamente economicista del concepto de eficiencia.

No es posible aquí evaluar de manera íntegra los procesos de privatizaciones a nivel mundial, pero sí lo es describir un panorama tomando como referencia la base de datos del Banco Mundial sobre la participación del sector privado en la infraestructura estatal (5).

De este relevamiento surge, como un primer dato a destacar, que el grueso de los proyectos de privatización —ya sea en su aspecto de transferencia o en su aspecto de privatización— se dan en países de desarrollo económico bajo o medio y que, en su abrumadora mayoría, versan sobre servicios esenciales como los relacionados al sector energético (electricidad y gas), el transporte (aeropuertos, ferrocarriles y carreteras), las telecomunicaciones y los sectores de agua y alcantarillado (6).

Por otra parte, los estudios y análisis efectuados sobre privatizaciones a nivel global son contestes en afirmar la existencia de nulos o escasos resultados económicos en el mediano largo plazo, llegando al extremo de calificar a estos procesos como una ilusión fiscal (7).

El primer estudio, realizado por la Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido, llegó a la conclusión de que el modelo de la iniciativa de financiación privada había demostrado ser más caro y menos eficiente que la financiación pública en la gestión de hospitales, escuelas y otras infraestructuras públicas (8).

A su vez, el Tribunal de Cuentas Europeo examinó 12 alianzas público-privadas de Francia, Grecia, Irlanda y España, en los sectores del transporte terrestre y la tecnología de la información y las comunicaciones. La conclusión fue que las alianzas se caracterizaron por “deficiencias generalizadas y beneficios limitados” (9).

A partir de un examen de alianzas público-privadas en el ámbito de la salud y la educación en África, Asia y América Latina se llegó a conclusiones análogas. Ellas señalaban que, como producto de los incentivos económicos para atraer las inversiones privadas y de las ulteriores renegociaciones contractuales, el sistema devenía rápidamente en una fuente generadora de elevados gastos públicos, además de gravosas y persistentes cargas administrativas para el sector gubernamental (10).

Esta somera reseña permite advertir que las ventajas de los procesos privatizadores, aún en términos de eficiencia económica, distan de ser incontrovertibles. Las habituales justificaciones, que califican al sector privado de más eficiente, más capaz de movilizar fondos, más innovador, capaz de aliviar al Gobierno de gran parte del riesgo y de negociar costos de construcción más

(4) Véase <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/full-divestiture-privatization>; véase también Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

(5) Véase <https://ppi.worldbank.org/data>.

(6) Véase Banco Mundial, PPI visualization dashboard, Private Participation in Infrastructure database, disponible en <https://bit.ly/2tzrpf>.

(7) Véase Tribunal de Cuentas Europeo, Public-Private Partnerships in the EU, p. 11.

(8) Véase Reino Unido, Oficina Nacional de Auditoría, PF1 and PF2, informe del Contralor y Auditor General (Londres, 2018).

(9) Véase Tribunal de Cuentas Europeo, Public-Private Partnerships in the EU.

(10) Véase LANGUILLE, “Public-private partnerships in education and health in the global South”, p. 156.

baratos y previsibles, tampoco parecen haberse verificado en experiencias anteriores.

Como es de prever, esta falta de resultados en el aspecto económico impacta sensiblemente en el ámbito de ejercicio y observancia de los derechos humanos (la parte no privatizada) pues conlleva una prestación menos generalizada, más costosa y de menor calidad en relación con sectores vinculados con la salud, la seguridad, la educación, y los servicios de gas, agua, energía y saneamiento.

Concretamente, la privatización ha implicado en los hechos que las personas en situación de vulnerabilidad económica queden relegadas en el acceso a prestaciones básicas y servicios esenciales, pues el ejercicio real de derechos humanos queda supeditado no ya a la condición humana si no a la condición de usuario y/o consumidor, siendo resaltable que estas dos últimas categorías suponen necesariamente la disposición de poder adquisitivo.

IV. El deber de prevención del Estado en materia de derechos humanos

Frente a estas estadísticas y al enfoque netamente economicista ensayado con la finalidad de justificar los procesos de privatizaciones, entendemos pertinente traer al análisis, como un elemento de especial ponderación, los deberes estatales en materia de prevención, protección y fomento de los derechos humanos, en tanto se trata de cuestiones trascendentales al momento de analizar la razonabilidad de la medida de intervención estatal.

Desde esta imprescindible perspectiva debe resaltar que ya desde el año 1988 la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó como “obligación de los Estados Parte es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Determinando además que esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el

restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (11).

Complementariamente, ha afirmado la Corte IDH que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos (12).

De manera más directa incluso, se ha señalado que el deber de prevenir deriva también de la obligación de cumplir los tratados de buena fe, en particular aludiendo al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ese mandato obliga a la totalidad de los poderes del Estado, en la medida en que este debe organizar todo su andamiaje de manera integral para asegurar el disfrute de los derechos humanos consagrados en la Convención.

Estas definiciones se complementan de manera directa con la OC 31/2025 (13) mediante la cual la Corte IDH reconoce la existencia del derecho autónomo al cuidado. En palabras del tribunal, comprende el derecho de toda persona a contar con el tiempo, espacios y recursos necesarios para brindar, recibir o procurarse condiciones que aseguren el bienestar integral suyo o de otros y les permitan desarrollar libremente sus proyectos de vida, de acuerdo con sus capacidades y etapa vital.

Dentro de la definición conceptual del derecho autónomo al cuidado se define el derecho a “ser cuidado” que implica que todas las personas que

(11) Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (1988), párrs. 166, 172-174, 175, 177, 187-188.

(12) Caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” (2009), párr. 252; Caso “Anzualdo Castro vs. Perú” (2009), párr. 63; Caso “Perez y otros vs. Venezuela” (2009), párr. 149; Caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (2010), párr. 63; Caso “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil” (2010), párr. 106; Caso “Gelman vs. Uruguay” (2011), párr. 77; Caso “Torres Millacura y otros vs. Argentina” (2011), párr. 99; Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica” (2012), párr. 334; Caso “Luna López vs. Honduras” (2013), párr. 118; Caso “Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia” (2014), párr. 519; Caso “Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala” (2014), párr. 139; Caso “Veliz Franco y otros vs. Guatemala” (2014), párr. 135.

(13) Corte IDH, Opinión Consultiva N° 31/2025 sobre el Derecho Autónomo al Cuidado, 07 de agosto de 2025.

tienen algún grado de dependencia tienen el derecho de recibir atenciones de calidad, suficientes y adecuadas para vivir con dignidad.

Desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación, el derecho a ser cuidado supone una fuente de importantes obligaciones estatales en materia de prevención, fomento y progresividad en materia de derechos humanos.

La idea final de ese nuevo dispositivo es que toda la organización del Estado debe estar al servicio de los derechos humanos, en la medida en que estos derechos suponen la base de la legitimidad del quehacer estatal, todo lo que surge de manera directa de lo normado por el art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e incluso del art. 2° del Pacto de San José de Costa Rica.

V. Conclusiones

Como se ha dicho, los procesos de privatización son diseñados con la finalidad de sanear una situación de déficit fiscal y como tales —más allá de su utilidad real— se focalizan solamente sobre bases de neto corte económico, que no involucran ni consideran como variante el impacto sobre el ejercicio de derechos humanos.

Debido a ello, no resulta extraño que —con la finalidad de favorecer el lucro privado y atraer las inversiones— lo primero que se sacrifique sean los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad. El Estado se desem-

baraza de la prestación de un servicio esencial y desregula sus condiciones y ello hace que los sectores de la población carentes de recursos comiencen a experimentar severas restricciones en el acceso por falta de asequibilidad.

Como es evidente, las medidas dispuestas en estos términos son incompatibles con los deberes de respeto, garantía y protección en materia de derechos humanos. Se trata de procesos regresivos, en tanto suponen que el Estado se retire de sus obligaciones en relación con los ciudadanos y restrinja su intervención a un proceso de control —de baja intensidad— en las condiciones de prestación.

Debe destacarse que esta situación inicial se profundiza a medida que las privatizaciones de servicios esenciales se van implementando, puesto que a la regresividad inicial se le van agregando las exclusiones sociales que el propio proceso supone.

En resumidas cuentas, aún si existieran evidencias empíricas de que el sistema funciona a largo plazo y que la estabilización de la economía contribuye a garantizar el ejercicio de derechos humanos en un futuro, la implementación de procesos de privatización no supera un *test* de convencionalidad ni de razonabilidad si su éxito depende del desamparo de los sectores menos aventajados.

El rol de la Auditoría General de la Nación frente al proceso privatizador impulsado por la Ley de Bases: anticiparse al desafío

Ana Salvatelli (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Veo el futuro repetir el pasado?— III. La AGN hoy.— IV. Privatizaciones: qué y cómo controlar.— V. Primeras conclusiones (e interrogantes).

I. Introducción

De acuerdo con lo que establece el art. 85 de la CN, la Auditoría General de la Nación (en adelante AGN) es el organismo técnico que, con autonomía funcional y desde la órbita del Congreso de la nación, ejerce el control administrativo externo y posterior del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, lo que incluye la legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera sea su modalidad de organización.

Recordemos que esta disposición es parte de las modificaciones introducidas por la reforma constitucional del año 1994, y con tal alcance, se ha dicho que la finalidad de la constitucionalización de la AGN fue la necesidad de jerarquizar un órgano de control destinado a combatir la corrupción administrativa, dado que los mecanismos de control siempre fueron una deuda pendiente de eficacia de la democracia argentina (1).

(*) Abogada. Mg. Abogacía del Estado por la Procuración del Tesoro de la Nación. Doctoranda UBA. Profesora adjunta de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho UBA). Coordinadora del Posgrado en Derecho Administrativo y Administración Pública (Derecho UBA). Autora del libro “El Estado Responsable” (Astrea, 2024) entre otras numerosas publicaciones. Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas de la Auditoría General de la Nación.

(1) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Thomson Reuters La

No obstante, tal propósito, lo cierto es que la función constitucional de la AGN continúa regida por la Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público (LAF) que precedió a la reforma (2) y fue la que creó el organismo como parte de una modificación sustancial del sistema de control público conocido hasta entonces. Ello es así porque a la fecha, la ley orgánica que debió delimitar los alcances de la autonomía funcional luego de la consagración constitucional en el artículo 85, no fue dictada.

El punto de partida es entonces este desajuste entre lo que prevé la Constitución y debió regularse en una ley orgánica, y el marco jurídico que en ausencia de esta última vino rigiendo el sistema de control externo a lo largo de las últimas tres décadas, esto es, la LAF, en abierto incumplimiento del mandato constitucional y el objetivo último de brindar mejores y más extensas garantías de control. Asimismo, en la actualidad, la coyuntura muestra una fragilidad aún más extrema ante el vaciamiento del colegio de auditores generales por falta de designación de estos últimos, como luego veremos.

Bajo estas peculiaridades, el presente trabajo intenta brindar un panorama sobre una competencia especial de control asignada a la AGN por la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Liber-

Ley, Buenos Aires, 2022, sexta edición ampliada y actualizada, p. 415.

(2) BO 30/09/1992.

tad de los Argentinos (ley 27.742) **(3)**, que consiste en garantizar la supervisión de los procesos de privatización impulsados por la misma norma.

En efecto, su art. 14, establece que la AGN “(...) deberá realizar un examen respecto del proceso de privatización de cada una de las empresas, evaluando el cumplimiento de los aspectos legales y financieros, una vez finalizado este y dentro de un plazo de ciento veinte [120] días hábiles. Este examen deberá ser presentado ante la Comisión Bicameral prevista en el art. 14 de la ley 23.696”.

Pues bien, nuestro objetivo aquí es confrontar lo que se espera de ese control siguiendo los estándares internacionales vigentes, con la realidad actual del organismo, previo repaso de las experiencias anteriores habidas en tareas de similar alcance y los contextos en los que tuvieron lugar. Cabe anticipar, se trata tan solo de una proyección posible del desafío que involucra el ejercicio de esta competencia, por lo que su alcance es limitado a ese objetivo y sus conclusiones están sujetas a las novedades que se sucedan posteriormente.

II. ¿Veo el futuro repetir el pasado?

La privatización ha sido tipificada como una reevaluación radical del papel desempeñado por el estado en la sociedad, que conduce al retiro del gobierno de su participación directa en varias áreas de la actividad económica, para pasar a desempeñar un papel más independiente, a menudo vinculado a una regulación económica **(4)**. Se ha dicho también que no hay una única forma de privatización, sino que el fenómeno presenta situaciones muy distintas. En algunos casos, la privatización sustituye a la propiedad pública mediante fórmulas de regulación económica, mientras que en otros da lugar a mercados totalmente desregulados. La forma más visible de privatización es la venta total de empresas públicas a inversores privados, pero también se privatiza al contratar a empresas del sector privado para realizar tareas que antes recaían en servicios o entidades públicas, y también son casos de priva-

tización los procesos de “desregulación” en importantes sectores de la actividad económica **(5)**.

Este tipo de procesos no nos resulta ajeno porque, siguiendo la tendencia que se estaba desarrollando en todo el mundo con una uniformidad ideológica sorprendente **(6)**, nuestro país hizo lo propio hacia la década del noventa, de la mano de la ley 23.696 **(7)**, que justamente es la plataforma jurídica sobre la que se construye también el proceso privatizador actual.

Efectivamente, en aquellos años se recepta en el país el cambio de orientación mundial de las ideas económicas, tanto abandonando la regimentación de la economía privada como traspasando nuevamente a la actividad privada ciertas actividades asumidas medio siglo antes por el Estado: al efectuarse la desestatización algunas actividades quedaron además monopolizadas, libradas a las reglas del mercado y la libre competencia, sin una adecuada regulación estatal **(8)**.

Como se ha dicho, la mencionada ley fue un hito en la transformación económica del país, ya que estableció el marco jurídico para la privatización de empresas estatales y una reestructuración de sus funciones, buscando reducir el papel del Estado en la economía y enfrentar la crisis económica de finales de los 80 mediante el achicamiento del sector público y el fomento de la inversión privada **(9)**. Asimismo, que la in-

(5) GARCÍA CRESPO, Milagros, “Reflexiones sobre la privatización y su control”, Revista española de control externo, enero 2000, vol. II, N° 4, p. 9.

(6) SALOMONI, Jorge L., “Teoría general de los servicios públicos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 17 y s.

(7) BO 23/08/1989.

(8) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, FDA, 2014, T. 2, VI-4.

(9) STORTONI, Gabriela, “Reorganización administrativa en la Ley 27.742 de Bases y Puntos de partida para la Libertad de los Argentinos. Título II Capítulo I”, en AA.VV., “Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino”, Ed. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho UBA, 2024, p. 526. Agrega esta autora que “[l]a crisis de 1989, la hiperinflación de esa época, la necesidad de otorgar estabilidad económica, financiera e institucional fueron las causas que llevaron a la implementación de las medidas en el entendimiento que el ‘Estado mínimo’ o ‘Estado de subsidiariedad’, la apertura total del mercado; así como la despublicación de actividades y servicios públicos —otrotra en cabeza del Estado como gestor o titular de la hacienda pública— y la prestación o

(3) BO 8/07/2024.

(4) ISSAI 5210 (disponible en https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/09/issai_5210s.pdf).

geniería jurídica desarrollada a partir de dicha ley fue una de las vigas maestras para definir el nuevo papel del Estado, porque el programa de privatizaciones implicó mucho más que atender al déficit estructural que generaban las empresas públicas: el proceso de privatización constituyó uno de los lineamientos principales de la nueva política económica, cuyo primer objetivo residía en lograr la estabilización de precios, paso primordial para lograr la confianza de los inversores y el ingreso de capitales para el crecimiento de la economía ya que en ese escenario, se consideraba que con la venta de activos estatales o la transferencia de su gestión (por concesión o licencia) se incrementarían los recursos del Tesoro Nacional por los ingresos derivados de la enajenación de activos y por el cobro de los cánones e impuestos, además, se fortalecería la inversión en dichas actividades y el avance tecnológico (10).

La discusión acerca del proceso privatizador de los noventa, su contexto, oportunidad, impacto y resultados, desde ya excede el marco de este análisis por su evidente complejidad y las múltiples perspectivas desde donde ello puede estudiarse (11). Simplemente nos interesa aquí destacar lo tocante al control público externo dentro de ese régimen jurídico y su vinculación con las privatizaciones ahora impulsadas por la Ley de Bases.

Con dicho recorte, destacamos que en materia de control la ley 23.696 previó, por un lado (art. 14), la creación en el ámbito del Congreso Nacional de una Comisión Bicameral integrada por seis [6] senadores y seis [6] diputados elegidos por sus respectivos cuerpos, encargada de coordinar el cumplimiento de la ley y sus resultados entre el Congreso Nacional y el Poder Eje-

cutivo Nacional. Por eso, para cumplir su cometido, debía ser informada permanentemente y/o a su requerimiento de toda circunstancia que se produzca en el desenvolvimiento de los temas relativos a la ley, remitiéndosele con la información la documentación correspondiente. Lo destacamos porque esta misma comisión es la que ha de intervenir en el actual proceso privatizador (12).

La actividad de esta Comisión Bicameral se concretaba en observaciones, propuestas, recomendaciones y dictámenes y podía actuar de oficio o a instancias de la autoridad de aplicación. Para ordenar su funcionamiento dictó una directiva general o dictamen marco que establecía un sistema de comunicaciones en los procedimientos de privatización, a partir del cual debía ser informada de 1. La tasación practicada; 2. La base fijada para la privatización; 3. El patrimonio a transferir; 4. El pliego de bases y condiciones y sus modificaciones; 5. El detalle de los derechos y obligaciones de los usuarios; 6. Las bases del procedimiento de fijación de tarifas, con los estudios que le dan sustento; 7. La evaluación de las ofertas, incluyendo la preselección; 8. La adjudicación; 9. El contrato definitivo con sus anexos y documentos complementarios (13).

Por otro lado, también la ley 23.696 dispuso la intervención de los organismos de control entonces existentes, esto es, el Tribunal de Cuentas y la Sindicatura General de Empresas Públicas (art. 20), desde sus respectivas áreas de competencia, con carácter previo a la formalización de las contrataciones respectivas —entre otras intervenciones más específicas—, a fin de poder formular observaciones y sugerencias. Disponía así que en caso de existir estas últimas, las actuaciones debían ser remitidas a la Comisión Bicameral ya mencionada y al ministro competente, quien debía ajustarse a ellas o, de no compartirlas, elevar las actuaciones a decisión del Poder Ejecutivo Nacional.

satisfacción de necesidades generales, era la solución a los problemas económicos y financieros que acuciaban a nuestro país”.

(10) Seguimos aquí a TOIA, Leonardo M., “El Estado y la regulación” AAVV Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino, Ed. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho UBA, 2024, ps. 496 y 497.

(11) Ver CASSAGNE, Juan Carlos, “La intervención administrativa”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 133 y s.; “Privatizaciones bajo la lupa: dos legisladores opinan sobre el traspaso de los servicios públicos”, Revista Control y Gestión. Publicación cuatrimestral Año IV, número 8, marzo de 1997, AGN, p. 42.

(12) Ver integración en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/especiales/crestado/integrantes.html>.

(13) BRUNO, Norberto, “El control y seguimiento de las privatizaciones”, Simposio Internacional Control de las Privatizaciones, Revista de la AGN, OLACEFS, año 1, diciembre de 1996, p. 62.

II.1. El marco jurídico de la privatización 2024/2025 (14)

II.1.a. Ley de Bases

Transcurridas un par de décadas, las privatizaciones se reinstalan en nuestra realidad de la mano de la Ley de Bases, que además de declarar la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética, por un plazo de un año, y delegar las facultades en el Poder Ejecutivo nacional, entre otras áreas claves, en la de reforma del Estado, incluyó la reorganización administrativa y las privatizaciones.

Así, en lo que aquí importa, el Título II, Capítulo II de dicha ley, referido a la “Privatización”, declara “sujeta a privatización”, en los términos y con los efectos de los capítulos II y III de la ley 23.696, las siguientes empresas y sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional: a) Energía Argentina SA; B) Intercargo SAU; C) Agua y Saneamientos Argentinos SA; D) Belgrano Cargas y Logística SA; E) Sociedad Operadora Ferroviaria SE (SOFSE) y F) Corredores Viales SA. Luego también la ley establece un tratamiento particular para dos entidades estratégicas: Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima (NASA) (art. 8°) y el Complejo Carbonífero, Ferroviario, Portuario y Energético a cargo de Yacimientos Carboníferos Río Turbio (YCRT) (art. 9°) (15).

De esta forma, el actual proceso privatizador tiene un ámbito subjetivo de aplicación definido y limitado a las mencionadas empresas, que por cierto son muchas menos de las incluidas en el proyecto original impulsado por el Poder Ejecutivo (16).

(14) Agradezco muy especialmente la colaboración y los aportes del Dr. Tomás Ramírez en este apartado del trabajo.

(15) Estas son declaradas sujetas a privatización, pero además se habilita un programa de propiedad participada y la colocación de una clase de acciones para ese fin, más la participación de capital privado, debiendo el Estado nacional mantener el control o la participación mayoritaria en el capital social, entre otras exigencias puntuales.

(16) Recordemos que el proyecto original fue presentado el 27/12/2023 y tras su rechazo, (<https://www.ambito.com/politica/javier-milei-ley-omnibus-congreso-diputados-oficialismo-oposicion-coparticipacion-impuesto-pais-jubilaciones-facultades-delegadas-privatizaciones-fecha-6-febrero>) se presentó nuevamente con un alcance acota-

do. Respecto de este marco jurídico, nos importa destacar que la ley encomienda llevar adelante las privatizaciones conforme los procedimientos y modalidades dispuestos en los capítulos II y III de la ley 23.696 (art. 10), es decir que convivirán las previsiones de esta última junto a las disposiciones de la Ley de Bases y el control que ha de recaer en los procesos deberá tener en cuenta tal extremo. Por ejemplo, en esta última norma se establecen los siguientes principios (art. 12): “El proceso de privatización deberá desarrollarse de conformidad con los principios de transparencia, competencia, máxima concurrencia, gobierno abierto, eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos, publicidad y difusión. La reglamentación establecerá los plazos y modalidades específicas para garantizar la debida publicidad y difusión”. Y al mismo tiempo se atribuyen competencias de intervención, seguimiento y control a la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones, creada por el art. 14 de la ley 23.696, quien deberá estar informada de la modalidad y procedimiento seleccionado, cualquier preferencia concedida a un potencial adquirente, las medidas adoptadas a fin de garantizar los principios antes reseñados y toda otra circunstancia de relevancia a los mismos efectos.

do. En la versión original del proyecto (<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0025-PE-2023.pdf>), las empresas que pretendían privatizarse eran: Administración General de Puertos SE, Aerolíneas Argentinas SA, Empresa Argentina de Soluciones Satelitales SA, Agua y Saneamientos Argentinos SA, Banco de la Nación Argentina, Banco de Inversión y Comercio Exterior SA, Casa de Moneda SE, Contenidos Públicos SE, Corredores Viales SA, Correo Oficial de la República Argentina SA, Construcción de Viviendas para la Armada Argentina SE, Dioxitex SA, Educ.ar SE, Empresa Argentina de Navegación Aérea SE, Energía Argentina SA, Fábrica Argentina de Aviones “Brig. San Martín” SA, Fabricaciones Militares SE, Ferrocarriles Argentinos SE, Innovaciones Tecnológicas Agropecuarias SA, INTERCARGO SAU, Nación Bursátil SA, Pellegrini SA, Nación Reaseguros SA, Nación Seguros de Retiro SA, Nación Servicios SA, Nucleoeléctrica Argentina SA, Playas Ferroviarias de Buenos Aires SA, Polo Tecnológico Constituyentes SA, Radio de la Universidad Nacional del Litoral SA, Radio y Televisión Argentina SE, Servicio de Radio y Televisión de la Universidad de Córdoba SA, Talleres Navales Dársena Norte SACI y N., Telam SE, Desarrollo del Capital Humano Ferroviario SAPEM, Belgrano Cargas y Logística SA, Administración de Infraestructuras Ferroviarias SE, Operadora Ferroviaria SE, Vehículo Espacial Nueva Generación SA, Yacimiento Carboníferos Fiscales Empresa del Estado, Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio (YMAD), e YPF SA.

En cuanto a las especificidades del proceso privatizador actual, la Ley de Bases contiene disposiciones referidas a la eventual liquidación de empresas en las cuales el Estado nacional posea la totalidad de la participación societaria (art. 11) y el régimen de enajenación de bienes para la cancelación de los pasivos, en vínculo con las competencias que al respecto posee Agencia de Administración de Bienes del Estado. Establece que las empresas, sociedades u organismos involucrados: (i) Quedarán exceptuados de cumplir con el régimen dispuesto por la ley 11.867; y (ii) No les será exigible el monto de capital mínimo indicado en el art. 186 de la ley 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias.

Luego también introduce sendas modificaciones en la ley 23.696, como por ejemplo, sustituye su art. 17 inc. 2) en lo que respecta a la posibilidad de vender o colocar acciones, cuotas partes del capital social o, en su caso, de establecimientos o haciendas productivas en funcionamiento; también el art. 18, referido a los procedimientos de selección que queda redactado: “Las modalidades establecidas en el artículo anterior se ejecutarán por alguno de los procedimientos que se señalan a continuación o por combinaciones entre ellos. En todos los casos se asegurará la máxima transparencia y publicidad, estimulando la concurrencia de la mayor cantidad posible de interesados. La determinación del procedimiento de selección será justificada en cada caso, por la autoridad de aplicación, mediante acto administrativo motivado. 1) Licitación pública, con base o sin ella. 2) Concurso público, con base o sin ella. 3) Remate público, con base o sin ella. 4) Venta de acciones en bolsas y mercados del país o del extranjero. La oferta más conveniente será evaluada no solo teniendo en cuenta el aspecto económico, relativo al mejor precio, sino las distintas variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos y la comunidad. A este respecto, en las bases de los procedimientos de contratación podrán cuando resulte oportuno, establecerse sistemas de puntaje o porcentuales referidos a distintos aspectos o variables a ser tenidos en cuenta a los efectos de la evaluación”. Y respecto de los Programas de Propiedad Participada, modifica los arts. 22, 27 y 35 de la ley 23.696.

Finalmente establece que “[t]oda empresa u organismo con participación estatal total o mayoritaria deberá respetar los siguientes principios rectores: a) Eficiencia: utilizar eficiente-

mente los recursos propios y los que reciba de las partidas presupuestarias; b) Transparencia: adoptar un rol activo en la publicación vinculada a su desempeño, adoptando las mejores prácticas de transparencia con sus accionistas y con la ciudadanía; c) Integridad: adoptar y cumplir con las políticas destinadas a prevenir y castigar la corrupción y el fraude, y desarrollar procesos destinados a garantizar la gestión transparente e íntegra de los recursos; d) Generación de valor: maximizar el impacto de las empresas en la economía, generando valor económico y social a lo largo de toda la cadena del negocio; e) Roles diferenciados: mantener por parte de los órganos de administración y de gobierno, de la independencia respecto de los funcionarios públicos en su rol de formuladores de políticas públicas y como regulador de la calidad de los servicios prestados por la sociedad; f) Controles eficientes: diseñar un sistema de auditoría y control que vigilen el cumplimiento de normas y legislación vigente pero que también cuenten con una arquitectura de control destinada a identificar y evaluar riesgos críticos y el impacto de las políticas corporativas” (art. 23).

Pero volviendo a lo que es materia de estas reflexiones, destacamos que al sustituir el art. 20 de la ley 23.696, la Ley de Bases encomienda a la SIGEN la intervención previa a la formalización de las contrataciones a efectos de elaborar y hacer público un informe integral sobre la empresa pública en cuestión, que contendrá información detallada sobre sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, debiendo formular las observaciones y sugerencias que estime pertinentes, que serán expresamente consideradas por el Poder Ejecutivo nacional y remitidas a la Comisión Bicameral.

De otra parte, en materia de control externo y como anticipamos al inicio, la ley incluye un Examen Posterior de la AGN del proceso de privatización de cada una de las empresas, en el que se evalúe el cumplimiento de los aspectos legales y financieros. Para ello, le fija un plazo de ciento veinte [120] días hábiles contados desde la finalización de aquel, y su presentación ante la misma Comisión.

II.1.b. La Agencia de Transformación de Empresas Públicas

Con el fin de dirigir y coordinar todas las acciones en materia de desenvolvimiento de las em-

presas y sociedades contempladas en el inciso b) del art. 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias, cualquiera sea su denominación o naturaleza jurídica, tanto en lo referido a los planes de acción y presupuesto como en cuanto a la modificación o transformación de su estructura jurídica, fusión, escisión, reorganización, reconfiguración o transferencia a las provincias o a la CABA, el Poder Ejecutivo creó la Unidad Ejecutora Especial Temporal “Agencia de Transformación de Empresas Públicas” (17), en el ámbito del Ministerio de Economía.

En lo que aquí importa, entre las competencias de esta última, encontramos de interés las siguientes: “8. Participar en la evaluación, implementación y seguimiento de los planes de acción y presupuestos de las Empresas, Sociedades del Estado y aquellas Sociedades en las que el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones, en lo relativo a la transformación y/o los procesos de privatización y/o disposición estratégica de las mismas”, “11. Intervenir, en forma previa a su selección, en los aspectos legales y normativos de los proyectos integrales de intervención, liquidación, cierre, privatización, venta total o parcial de paquete accionario, iniciativa privada, fusión, escisión, disolución, transformación y disposición estratégica de las participaciones y/o de los activos que integran las Empresas, Sociedades del Estado y aquellas Sociedades en las que el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones, analizando su factibilidad en el ámbito de su competencia”, y “12. Participar en la elaboración y aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Generales y Particulares y demás documentación contractual necesarios para llevar adelante los procedimientos de iniciativa privada y privatización y en la aprobación de los términos de los pliegos de disposición estratégica de las Empresas y Sociedades del Estado contempladas en el inc. b) del art. 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias”.

II.1.c. Reglamentación de la Ley de Bases

Tras lo expuesto, el 2 de agosto de 2024 (18) se reglamentó el capítulo de la Ley de Bases referi-

do a las privatizaciones, y se definió el procedimiento a seguir con el siguiente alcance.

En primer lugar (art. 3°), el Ministro o el Secretario de la Presidencia de la Nación en cuya jurisdicción se encuentre la empresa o sociedad sujeta a privatización, previa intervención de la Agencia a la que aludimos más arriba, debe elevar al Poder Ejecutivo —con copia a la Comisión Bicameral ya referida— un informe circunstanciado con la propuesta concreta vinculada al procedimiento y modalidad más adecuada para hacer efectiva la privatización.

Dicho informe debe contener, cuanto menos, los siguientes extremos: a. el carácter total o parcial de la privatización propuesta y su fundamento; b. las alternativas de procedimiento enunciadas en el art. 15 de la ley 23.696 que se estimen adecuadas al caso; c. la o las modalidades de las enunciadas en el art. 17 de la ley 23.696 que se entiendan convenientes para materializar la privatización; d. el procedimiento de selección que se prevea utilizar y los plazos estimados para cada una de las etapas del procedimiento de privatización; e. la eventual propuesta para el otorgamiento de las preferencias a las que se refiere el art. 16 de la ley 23.696 y la aplicabilidad, en el caso que corresponda, de un Programa de Propiedad Participada, especificando en este supuesto las clases de sujetos adquirentes y proporción del capital accionario comprendido en el programa. Una vez otorgada la autorización por el Poder Ejecutivo, el mismo ministro o secretario de la presidencia de la Nación, en su carácter de autoridad de aplicación, inicia los procedimientos tendientes a la privatización que corresponda (art. 4°).

Seguidamente, los arts. 5° a 7° establecen las pautas y plazos de publicidad de la convocatoria para presentar las ofertas y los contenidos mínimos a detallar en esta última. También se establece que ante la imposibilidad de llevar a cabo la tasación a que se refiere el art. 19 de la ley 23.696, el art. 8° prevé los extremos para acreditar tal situación y regula las alternativas para superarla.

El art. 11 establece que previo a la formalización de los contratos que surjan de los respectivos procedimientos, la autoridad de aplicación deberá dar intervención a la Procuración del Tesoro de la Nación y a la SIGEN para que formulen observaciones y/o sugerencias en virtud de lo

(17) Art. 29 del decreto PEN 644/2024 (BO 18/07/2024).

(18) Dec. 695/2024, Capítulo II (disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/311690/20240805?busqueda=1>).

previsto por el art. 20 de la ley 23.696. Si las hubiera, previa nueva intervención de la Agencia de Transformación, la Autoridad de Aplicación realizará, de corresponder, las adecuaciones sugeridas y elaborará, con carácter previo a la elección final al PEN, un informe fundado respecto de estas.

Como ya anticipamos, concordantemente con la ley la reglamentación establece que una vez finalizado el proceso de privatización deberán remitirse las actuaciones correspondientes a la AGN, a fin de que realice el examen previsto en el art. 14 de la ley 27.742.

Por último, destacamos que se prevé la aplicación supletoria de los arts. 15, 16, 17, 18 y 19 del Anexo I del dec. 1105/1989, en todo lo que resulte compatible con el procedimiento descripto.

II.1.d. Medidas posteriores

Para finalizar esta primera parte de la reseña, debemos destacar que el 17 de junio de 2025 se dispuso la utilización del sistema SUBAST.AR para la realización de remates públicos electrónicos de activos y acciones de empresas estatales, y el 8 de agosto de 2025, la Oficina Nacional de Contrataciones aprobó un nuevo módulo del sistema CONTRAT.AR, destinado específicamente a la gestión de las privatizaciones previstas en las leyes 27.742 y 23.696 (19).

II.2. Estado de avance

A la fecha que escribimos estas reflexiones, se registra el siguiente nivel de avance del proceso privatizador.

a. Energía Argentina SA (20)

El 24 de abril de 2025 se autorizó su privatización total a través de la segmentación de sus actividades en unidades de negocio, iniciándose con la venta del 100% de las acciones de CITELEC SA,

(19) Disposición ONC 29/2025 (disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/329671/20250811?busqueda=>).

(20) Dec. 286/2025 (24/04/2025) (disponible <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/324424/20250425?busqueda=1>), y Resolución ME 1050/2025 (disponible <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/328852/20250725>).

controlante de TRANSENER S.A., sin preferencias ni programas de propiedad participada.

Luego, el 25 de julio de 2025, se formalizó el inicio de dicho proceso, instruyéndose a la Agencia a coordinar la venta en un plazo de ocho meses, con la intervención de ENARSA y la Subsecretaría de Energía Eléctrica en la elaboración de la documentación técnica, y la contratación de un banco público para la tasación de los activos.

b. Intercargo SAU (21)

El 17 de marzo del corriente año se autorizó la venta del 100% de sus acciones mediante licitación pública nacional e internacional, con la condición de garantizar la continuidad del servicio aeroportuario y la conectividad, y se instruyó la rescisión por mutuo acuerdo del contrato de concesión del servicio de rampa previo a la operación, sin establecer preferencias ni programas de propiedad participada.

Posteriormente, el 25 de julio, se reglamentó el inicio formal del proceso, disponiendo que la Secretaría de Transporte actualice el inventario de bienes, gestione la rescisión del contrato y elabore la documentación licitatoria, mientras que la Agencia coordinará la privatización dentro de un plazo de ocho meses y contratará un banco público para la valuación del paquete accionario.

c. Agua y Saneamientos Argentinos SA (22)

Durante los pasados meses de julio y agosto del corriente año, se puso en marcha el proceso de privatización total de Agua y Saneamientos Argentinos SA (AySA), acompañado de una profunda reforma de su marco regulatorio.

Primeramente, el 21 de julio se modificó la ley 26.221, adaptando la prestación del servicio a un esquema concesionado con capital priva-

(21) Resolución ME 1067/2025 (disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/328930/20250728>), y dec. 198/2025 (disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/322653/20250318?busqueda=1>).

(22) Resolución ME 1198/2025 (disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/330008/20250819>), dec. 494/2025 (disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/328735/20250723>) y dec. 493/2025 (disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/328660/20250722>).

do, introduciendo facultades para financiarse, suspender el servicio por mora, auditar obras y creando un Plan Director de Mejora Estratégica, junto con un régimen transitorio de hasta cinco años tras la privatización; además, se autorizó la venta total o parcial de la participación estatal y se encomendó al Ministerio de Economía reformar el estatuto social e inscribirlo en el Registro Público.

Al día siguiente, otro decreto dispuso la venta del 90 % del capital accionario en manos del Estado, previendo que al menos el 51% se adjudique a un operador estratégico mediante licitación pública nacional e internacional y el resto se coloque en bolsas y mercados, sin preferencias ni programas de propiedad participada, garantizando la continuidad del servicio de agua y cloacas.

Finalmente, el 19 de agosto, se instruyó a la Agencia de Transformación de Empresas Públicas a coordinar la tasación del paquete accionario a través de un banco público y concretar la venta mayoritaria en un plazo de ocho meses, dejando el remanente para su colocación en bolsa, mientras que la Secretaría de Obras Públicas fue encargada de elaborar la documentación licitatoria y el contrato de concesión.

d. Belgrano Cargas y Logística SA (23)

En el mes de febrero se autorizó la venta del material rodante por remate público, destinando lo recaudado a un fideicomiso para financiar obras ferroviarias, y se dispuso la concesión de las vías de las Líneas General Belgrano, General San Martín y General Urquiza, junto con sus inmuebles aledaños y talleres, mediante licitaciones nacionales e internacionales.

También se previó la disolución y liquidación de la empresa una vez adjudicadas las concesiones, sin otorgamiento de preferencias ni programas de propiedad participada. Posteriormente, el 22 de julio se inició formalmente el proceso privatizador, instruyéndose a la Secretaría de Transporte a realizar inventarios y relevamientos del material rodante, de las vías, de la infraes-

tructura y de los talleres, así como también a definir las condiciones de remate y concesión. En paralelo, la Agencia de Transformación de Empresas Públicas fue designada para coordinar el procedimiento, valuando los flujos futuros de explotación ferroviaria a través de un banco público y supervisando la documentación técnica y contractual, con la colaboración de Belgrano Cargas y Logística SA y de la Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.A., dentro de un plazo de doce meses.

e. Corredores Viales SA (24)

Durante el corriente año se avanzó en la privatización total de Corredores Viales SA, empresa estatal encargada de la gestión de distintos tramos de la Red Vial Nacional.

En primer lugar, en febrero, se autorizó el procedimiento bajo la modalidad de concesión de obra pública por peaje, previendo la extinción por mutuo acuerdo de los contratos vigentes, su posterior licitación nacional e internacional y, finalmente, la disolución y liquidación de la sociedad. Luego, el 1° de abril, se dispuso la intervención de la empresa, designando a una interventora con facultades de directorio y encargo de auditar la gestión, revisar el estado financiero, elaborar un plan de acción y asegurar el funcionamiento durante el período de transición. Posteriormente, el 8 de julio, se prorrogó dicha intervención hasta la culminación del procedimiento previsto en el decreto inicial, garantizando la continuidad de la gestión hasta la adjudicación de las nuevas concesiones.

Por último, recientemente fue publicada la res. 1284/2025 del Ministerio de Economía (25), por la cual se dio formal inicio al proceso de privatización de esta sociedad anónima, y se instruyó a la Secretaría de Transporte a realizar las siguientes acciones a fin de concretar la extinción por mutuo acuerdo de los contratos de concesión vigentes entre el Estado Nacional y Corredores Viales SA: a.1. Realizar el inventario de los bienes

(23) Dec. 67/2025 (disponible en <https://www.boletinofticial.gob.ar/detalleAviso/primera/320817/20250210?busqueda=1>) y Resolución ME 1049/2025 (disponible en <https://www.boletinofticial.gob.ar/detalleAviso/primera/328802/20250724>).

(24) Dec. 464/2025 (disponible en <https://www.boletinofticial.gob.ar/detalleAviso/primera/328112/20250710?busqueda=1>), dec. 244/2025 (disponible en <https://www.boletinofticial.gob.ar/detalleAviso/primera/323358/20250403?busqueda=1>) y dec. 97/2025 (disponible en <https://www.boletinofticial.gob.ar/detalleAviso/primera/321201/20250217?busqueda=1>).

(25) BO 1/09/2025.

que la empresa debe reintegrar al Ministerio de Economía, a.2. Elaborar el documento de extinción por mutuo acuerdo correspondiente, la cual procederá una vez adjudicados y perfeccionados los contratos de concesión con los cocontratantes de los tramos involucrados en cada uno de los nuevos contratos. Con el objetivo de avanzar sobre el procedimiento licitatorio para la concesión de la red vial nacional, también se le instruye lo siguiente: b.1. Proponer la conformación de los tramos de la red vial nacional, pudiendo excluir tramos de rutas que la integren y/o incluir nuevos tramos, cuando resulte oportuno para su concesión en los términos de la ley 17.520 y sus modificatorias, b.2. Efectuar un relevamiento del estado actual de los tramos a concesionar, b.3. Efectuar un relevamiento del estado actual de las obras de infraestructura sobre las trazas a concesionar, informando estado de avance y prioridad de estas, facultándola a requerir la rescisión de aquellos contratos que no se consideren prioritarios, oportunamente celebrados. Para todo ello dispone también la colaboración de la Agencia, entre otras medidas.

Por fuera del detalle efectuado en los párrafos anteriores, debemos señalar que desde la sanción de la Ley de Bases hasta la fecha no hubo medidas vinculadas a la privatización de la Sociedad Operadora Ferroviaria SE (SOFSE). También que, a pesar de no estar incluida en aquella ley, el Poder Ejecutivo declaró a Aerolíneas Argentinas SA sujeta a privatización el 1 de octubre del año 2024. La ratificación del decreto obtuvo dictamen, pero nunca se trató en el recinto, pero tampoco se avanzó (26).

III. La AGN hoy

Como nuestra intención a lo largo del presente trabajo es proyectar el desafío del control externo específico que se ha impuesto a la AGN, en el marco de las privatizaciones que el gobierno nacional lleva adelante al amparo de la Ley de Bases con el alcance indicado en el punto anterior, resulta útil describir su presente institucional, y también, para comprender su actualidad, revisar las notas fundamentales del modelo de control vigente desde el año 1992.

A ello nos dedicamos a continuación.

(26) Dec. 873/2024 (disponible en <https://www.boletín-oficial.gob.ar/detalleAviso/primer/314969/20241002?busqueda=1>).

III.1. El modelo de control de la mano de la ley 24.156 (LAF)

En el Mensaje (27) dirigido por el Poder Ejecutivo al Congreso, al impulsar la sanción de la Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público, en el año 1991, se señala que el proyecto tiene por finalidad otorgarle racionalidad a la administración financiera del Sector Público Nacional e instituir una estructura de controles interno y externos de carácter financiero y operativo sobre la gestión de los entes públicos, y deja planteado como ideario: motivar un avance de proporciones en el perfeccionamiento del sistema republicano de gobierno y en la consolidación democrática del país; constituir una barrera a todas las formas de corrupción que al amparo de la crisis económica, proliferaron en la sociedad y en el sector público; tornar más transparentes los mecanismos de obtención, aplicación y control del uso de los recursos públicos en función de los objetivos y políticas definidos. Se ha señalado al respecto que la sanción de la LAF tuvo su origen en el Sistema Integrado Modelo de Administración Financiera para América Latina y el Caribe (SIMAFAL), y perseguía los siguientes objetivos: a) Lograr una gestión eficiente, eficaz y económica; b) Contribuir a que la Administración pública posea instrumentos suficientes para generar información oportuna y confiable para la toma de las decisiones; c) Permitir que la administración de las finanzas públicas nacionales se realice en un marco de transparencia, y d) Interrelacionar los sistemas que componen la administración financiera, a efectos de integrar los entre sí y con los sistemas de control interno y externo (28).

La norma fue sancionada el 30 de septiembre de 1992, y entre otras modificaciones respecto del texto original, la proyectada Contraloría General de la Nación terminó siendo la Auditoría General de la Nación, como organismo de auditoría externa y de evaluación ex post.

De esta forma, la creación de esta última se anticipó a la reforma constitucional dos años, en el marco de la norma que redefinió el sistema de administración financiera y control del sector público, adoptando respecto un modelo nuevo,

(27) Mensaje N° 632 (12/04/1991).

(28) IVANEGA, Miriam M., "Control Público", Ed. Astrea-RAP, Buenos Aires, 2020, 1ª reimpresión, p. 127.

distinto del que hasta entonces rigió en la materia.

Conforme surge del texto de la ley 24.156, el sistema se basa fundamentalmente en la organización de dos estructuras de control claramente diferenciadas, una correspondiente al denominado control interno del Poder Ejecutivo Nacional y la otra relacionada con el control externo a cargo del Congreso de la Nación; atendiendo a este diseño, la ley crea dos organismos de control: la AGN dependiente del Poder Legislativo como órgano de control externo del sector público nacional y la Sindicatura General de la Nación dependiendo del Poder Ejecutivo Nacional, como órgano de control interno de la Administración pública nacional centralizada, descentralizada y desconcentrada (29). Se produjo así una revolución de 180 grados en el régimen de control del Sector Público por medio del reemplazo del existente Tribunal de Cuentas de la Nación, regulado en la entonces Ley de Contabilidad, por propios sistemas de “control interno” y “control externo” (30).

Recordemos que el control externo se configura cuando los organismos que lo ejercen no pertenecen a la organización de la institución que debe ser controlada; internacionalmente la denominación general aceptada para estos organismos es la de Entidades Fiscalizadoras Superiores, aunque los modelos existentes en cada país no pueden encuadrarse íntegramente en un único tipo (31). Con acierto se ha sostenido que “[e]xisten tantos modelos de control como países. Las necesidades de cada país van delineando los contornos del control. El modo en que se desarrolla el poder institucional de cada país también contribuye a delinear los límites al poder” (32).

Hasta entonces, ambos tipos de control —interno y externo— habían estado asignados al Tri-

bunal de Cuentas, con excepción de las empresas públicas, que eran controladas por la SIGEP (Sindicatura General de Empresas Públicas). La característica saliente de ese sistema, que continúa vigente en la mayoría de las provincias argentinas (33), era el de un control previo o concomitante.

Como venimos de decir, la ley 24.156 dio un vuelco al modelo siguiendo los diseños anglosajones, dividiendo los sistemas de control interno y externo del sector público que la misma norma definió, adjudicándole a la creada AGN este último, en línea con la responsabilidad política del Congreso de la Nación, en cuya órbita se desenvuelve. Por ser ello así, el tipo de control pasó a ser posterior, sobre ejercicios presupuestarios cerrados, sea que la materia auditada se refiera a los aspectos patrimoniales, económicos, financieros, o inclusive de gestión.

Se ha sostenido (34) que la AGN se diferencia del Tribunal de Cuentas en tres aspectos centrales: el momento, las facultades y el alcance del control. En cuanto al momento del ciclo administrativo en el que el organismo de control ejerce su actividad, el nuevo sistema implicó un cambio sustancial porque el Tribunal de Cuentas tenía como misión efectuar el control anterior de los actos que tuviesen impacto sobre la hacienda pública a través de la observación administrativa de estos, mientras que en la LAF solo se prevé el ejercicio del control posterior por parte de la AGN. De otra parte, esta última se vio privada de las llamadas facultades jurisdiccionales que habían caracterizado a los organismos de control de la administración en los regímenes previos, ya que el Tribunal de Cuentas tenía competencias para llevar a cabo los juicios de cuentas y de responsabilidad. Por último, en sentido inverso, la LAF le otorgó a la AGN competencias de control más amplias que las que tenía su predecesor, no limitadas a la legalidad y regularidad económico financiera sino incluyendo el concepto de control de gestión, operativo, integral y de resultados.

(29) MERTEHIKIAN, Eduardo, *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, Décima edición, Ediciones RAP (www.revistarap.com.ar), Buenos Aires, p. 23.

(30) BARRA, Rodolfo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abaco, 2011, Buenos Aires, Tomo 4, p. 30.

(31) IVANEGA, Miriam, “Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad”, Ed. Abaco, 2003, Buenos Aires, p. 150.

(32) SCHAFFRIK, Fabiana, “La creación de la Auditoría General y su incidencia en el mejoramiento externo del presupuesto”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 46.

(33) Ver por todos IVANEGA, Miriam M., “Control Público”, ob. cit., p. 155.

(34) Seguimos aquí a GIUSTI, José Luis - COLOMBO, Leonora, “El control sobre la Administración Pública”, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 2023, p. 171. Ver también BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, segunda edición actualizada y ampliada, T. II, cap. X, p. 346 y s.

Lo cierto es que excede los alcances de este trabajo discurrir sobre las ventajas o desventajas que cada sistema presenta, y para ello nos remitimos a las autorizadas voces que citamos a lo largo del presente, pero la descripción efectuada nos es útil para avanzar en el panorama actual de la AGN, a partir del cual deberá desplegarse la competencia específica hoy asignada por la Ley de Bases.

III.2. Debilidad institucional actual: tres factores

La AGN hoy atraviesa una situación institucional inédita que, en nuestra opinión, viene unida al menos a tres factores.

Primeramente, hay que decir que la aspiración de dar lugar a un sistema de control robusto del sector público por parte del Congreso de la Nación exigía el dictado de la ley orgánica de la AGN, tal y como consagra el art. 85 CN. Sin embargo, hoy en día ello no ha sucedido.

Esto resulta en un desfasaje interpretativo hasta la actualidad entre lo que dice la Constitución y la ultra activa ley 24.156, que al no haber sido derogada en este aspecto en lo que concierne a la AGN, ha dado lugar a un organismo regulado por una norma que no refleja cabalmente la autonomía funcional que le dio aquella. Como se sostuvo, a partir de la vigencia de la Constitución reformada, las disposiciones relativas al control externo contenidas en la LAF han de ser interpretadas a la luz del nuevo precepto, con el cual mantienen importantes diferencias (35).

En nuestra opinión, no es dudoso que dicha autonomía se refiere, como mínimo, al núcleo de la materia de control que tiene asignado la AGN constitucional y legalmente, como único organismo rector de dicho rango en la materia. La autonomía funcional veda cualquier intromisión que al respecto pretendan no solo el Poder Ejecutivo, sino también la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas (en adelante CPMRC), en cuanto a impartirle instrucciones o deberes como si existiera entre ambas un vínculo jerárquico. Compartimos por ende el criterio que expone (36) que la citada “autonomía” se adscribe

al ejercicio de la función que le incumbe y por eso la norma dice “autonomía funcional”, como para prohibir toda interferencia, así sea del Congreso al cual el organismo asiste técnicamente.

El núcleo de la materia de control surge de las siguientes previsiones constitucionales y legales: “(...) aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos del desempeño y situación general de la administración pública” (art. 85 CN); “Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos (...) y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos. (...)” (art. 117 de la LAF); “(...) a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes; b) Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones. Estos trabajos podrán ser realizados directamente o mediante la contratación de profesionales independientes de auditoría; c) Auditar, por sí o mediante profesionales independientes de auditoría, a unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito conforme con los acuerdos que, a estos efectos, se llegue entre la Nación Argentina y dichos organismos; d) Examinar y emitir dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la administración nacional, preparados al cierre de cada ejercicio; e) Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectuar los exámenes especiales que sean necesarios para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento (...); f) Auditar y emitir dictamen sobre los estados contables financieros del Banco Central de la República Argentina independientemente de cualquier auditoría externa que pueda ser contratada por aquella” (art. 118 LAF).

(35) GIUSTI, José Luis - COLOMBO, Leonora, “El control sobre la Administración Pública”, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 2023, p. 173.

(36) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires,

1995, T. VI, p. 478, citado por MERTEHIKIAN, ob. cit., p. 30, cita 74.

Sobre estas materias y con el alcance previsto en las normas, la AGN es el órgano rector constitucional de control del sector público nacional, y no comparte dicha función con la CPMRC.

Con similar criterio, se sostuvo que la autonomía predicada por la Constitución nacional implica: a) que no recibe órdenes de ningún otro órgano, ni poder, en el ejercicio de sus funciones propias; b) puede establecer su organización interna para el ejercicio de sus funciones propias de la manera que le resulte más conveniente; c) ningún otro órgano ni poder puede avocarse a sus misiones propias; d) ningún otro órgano ni poder puede revocar o modificar sus pronunciamientos referidos al ejercicio de su función propia; por todo ello, en los hechos, la AGN no depende de ningún otro órgano o poder (37) a pesar de que la LAF contenga disposiciones incompatibles (38) con ello, como por ejemplo, la facultad atribuida a ciertas comisiones del Congreso para aprobar las estructuras y normas internas de la AGN (art. 116), a la aprobación del programa de acción anual por las mismas comisiones (art. 118), a las facultades de control atribuidas a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas (art. 129 inc. e) y a la conformación y mecanismo de elección del Colegio de Auditores.

Ahora bien, la ausencia del dictado de la ley orgánica que aporte seguridad jurídica acerca de lo que en concreto representa la autonomía funcional para el desenvolvimiento de la función de la AGN en la actualidad, es una tarea política pendiente que perjudica el real alcance de la tarea de control, porque deja librado a la interpretación de las autoridades de turno.

En segundo lugar, el organismo atraviesa una situación inédita en su historia, que es la falta de designación de los auditores generales que deben representar las Cámaras de Diputados y de Senadores.

Como prevé la LAF (39), en su art. 121, la AGN está a cargo de siete [7] miembros designados

cada uno como auditor general, duran ocho [8] años en su función y pueden ser reelegidos. Seis de dichos auditores generales son designados por resoluciones de las dos Cámaras del Congreso Nacional, correspondiendo la designación de tres [3] a la Cámara de Senadores y tres [3] a la Cámara de Diputados, observando la composición de cada Cámara (art. 122). El séptimo auditor general es designado por resolución conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados y es el presidente del ente, órgano de representación y de ejecución de las decisiones de los auditores (art. 123). Respecto de este último, dispone la Constitución nacional, “El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso” (art. 85).

Pues bien, sucede en la actualidad que en el mes de abril de 2024 culminó el mandato de los auditores generales designados en representación de la Cámara de diputados, sin que a la fecha hayan sido designados los nuevos auditores, y hacia fines del mes de marzo del corriente año sucedió lo mismo con los representantes de la Cámara de Senadores, sin que tampoco se designen sus sucesores. Por ende, la AGN hoy solo cuenta como órgano ejecutivo con su presidente, que fue nombrado en el mes de diciembre de 2023 siguiendo el mecanismo constitucional (40).

En virtud de este escenario, el desempeño de las atribuciones y funciones constitucionales y legales del organismo, entre las que se encuentra la aprobación de los Informes de auditoría que constituyen la principal manifestación formal del ejercicio de su competencia, se ve resentida por la falta de conformación del Colegio de Auditores Generales, órgano ejecutivo colegiado a cargo del ente de control. Por lo mismo, el impulso actual de las funciones del organismo, entre las que se encuentra llevar adelante los actos necesarios para dar cumplimiento al plan anual de auditoría, se encuentra a cargo del Presidente, por la delegación efectuada en el último cole-

(37) GIUSTI, José Luis - COLOMBO, Leonora, El control sobre la Administración Pública, ob. cit., p. 179.

(38) Ver también LENARDÓN, Fernando R., “El control público externo del Siglo XXI. Análisis crítico y propuestas”, Osmar D. Buyatti, Librería Editorial, Buenos Aires, 2024, p. 62.

(39) Ver entre otros https://www.dataclave.com.ar/poder/agn-al-borde-de-la-acefalia—legisladores-en-alerta-por-la-demora-en-la-designacion-de-auditores_

[a67e70642a7d30b83c04d2492](https://www.lanacion.com.ar/politica/la-auditoria-general-de-la-nacion-se-queda-sin-auditores-y-entra-en-paralisis-la-tarea-de-control-nid25032025/) y <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-auditoria-general-de-la-nacion-se-queda-sin-auditores-y-entra-en-paralisis-la-tarea-de-control-nid25032025/>.

(40) Resolución RCPP 41/2023 (1/12/2023) (https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/Auditores_Generales/Resolucion%2041-2023%20OLMOS.pdf).

gio de auditores que tuvo lugar el 27 de marzo ppdo. (41).

Desde la creación de la AGN en 1992, nunca había sucedido nada similar.

En tercer lugar, también aparece como una debilidad institucional de contexto la ausencia por segundo año consecutivo de ley de presupuesto (42). Como sabemos, se trata de una facultad que corresponde al Congreso Nacional, la de fijar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional, sobre la base del programa general de gobierno y del plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión (art. 75, inc. 8).

Y lo cierto es que el control es, en definitiva, una derivación del tema presupuestario, y no puede haber un buen control sin una jerarquización de lo que significa un presupuesto para una nación (43). Es que, desde el plano político institucional, en nuestro esquema constitucional el presupuesto es (o debería serlo) la visualización de la acción de gobierno pretendida por el órgano administrativo y por el legislador y ejecutada por el primero. Desde esta perspectiva es también —indudablemente— el instrumento a través del cual se ejercita el control de gestión del legislador sobre el órgano del poder que ejerce, por mandato constitucional, la función administrativa del Estado (44).

(41) Ver <https://www.agn.gob.ar/noticias/la-agn-aprobo-la-delegacion-de-facultades-al-presidente-juan-manuel-olmos>.

(42) Ver <https://www.lanacion.com.ar/economia/otro-ano-sin-presupuesto-que-implica-segun-los-economistas-nid30122024/> y <https://www.baenegocios.com/economia/El-Presupuesto-ante-una-situacion-inedita-dos-anos-seguidos-sin-ley-20241106-0016.html>.

(43) BAGLINI, Raúl, “El control parlamentario en la Argentina”, AAVV Auditoría Pública e Integración regional Jornadas 2003, Auditoría General de la Nación, Buenos Aires, 2004, p. 212.

(44) MERTEHIKIAN, Eduardo, “Ley de Administración Financiera y Control de Gestión”, Ediciones RAP, décima edición, (www.revistarap.com.ar), p. 15. Ver también, “El control de la Administración Pública”, BARRAZA, Javier I. - SCHARIK, Fabiana H., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 17 y s.

La situación descripta queda plasmada en el DNU 425/2025 (23/06/2025) (45), por el que se adecuó el presupuesto nacional sobre la base del que se encontraba vigente a raíz del dec. 1131/2024, que había a su vez prorrogado el presupuesto del año anterior, en los términos del art. 27 de la ley 24.156, ante la ausencia de los consensos básicos y necesarios para el dictado de la correspondiente ley.

Lo destacamos aquí porque constitucionalmente la AGN tiene un mandato específico de control de la Cuenta de Inversión, esto es, la rendición de cuentas del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo para el control mediante las cuentas del cumplimiento de las funciones del Estado en relación con el presupuesto (46). Con tal alcance, el artículo 85 prevé expresamente que la AGN “Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.

Los expuesto en los párrafos anteriores, como se advertirá, colocan a la AGN en una situación institucional crítica, que si bien no es aislada (47), lejos está de ser la ideal para posicionarse con la autoridad que manda la Constitución nacional ante el proceso de transformación de parte de la gestión estatal derivado de las privatizaciones impulsadas.

Y nada de esto termina siendo inocuo. Porque, en definitiva, la baja calidad institucional generalizada genera movimientos hacia micro cancelaciones de los acuerdos políticos y jurídicos que enuncia la constitución, y al tomar volumen, impacta en las democracias desde adentro, bajo la

(45) Ver <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/327331/20250624>.

(46) La cuenta de inversión es el documento a través del cual se presenta anualmente a la consideración del Congreso, los resultados de la gestión financiera del gobierno con el objeto de que pueda comprobar que los recursos han sido gastados o invertidos en los programas en la forma aprobada en el presupuesto de egresos (HUTCHINSON, Tomas, “La cuenta de inversión y el control luego de la Ley 24156”, AAVV, “La cuenta de Inversión”, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2005, p. 100.

(47) Ver con relación a la ausencia de designación del Defensor del Pueblo de la Nación (art. 86 CN) el reciente fallo de la Corte Suprema de la Nación “Defensor del Pueblo de la Nación y otro s/ amparos y sumarisimos”, 26/08/2025.

aparición de una determinada legalidad y legitimidad (48).

IV. Privatizaciones: qué y cómo controlar

Llegado este punto, nos toca centrarnos en los alcances del ejercicio de la misión asignada a la AGN por la Ley de Bases, siguiendo los estándares internacionales.

Respecto de ello se ha señalado que existen siete fases fundamentales para una privatización exitosa (49): 1. Promulgar leyes que hagan viable el éxito de las privatizaciones, de manera que produzcan beneficios socioeconómicos y protejan el patrimonio del Estado y garanticen el bienestar de los ciudadanos, lo que se traduce en la necesidad de establecer legalmente los propósitos y objetivos que se persiguen con las privatizaciones en general o con cada una en particular, como ser el aumento general de la competencia empresarial, la mejora en la eficiencia y calidad de los servicios, el producto y los precios de la actividad estatal a ser privatizada, la eliminación o reducción de la deuda pública, la eliminación de la intervención política en la toma de decisiones de la entidad o industria privatizada, el acceso del ente privatizado a los mercados financieros para el desarrollo de infraestructura, por sí solos o en combinación. También se hace hincapié en que los fondos o beneficios que se obtengan no sean utilizados exclusivamente para el pago de deudas corrientes porque la repetirse año tras año significaría solo un traspaso de dicha deuda a la población; 2. Establecer un proceso de solicitud de propuestas que garantice la mayor participación de proponentes posible, incluya una solicitud de propuesta de la complejidad adecuada al tipo de privatización, y garantice la transparencia y objetividad del proceso; 3. Establecer una estructura de mercado que garantice la com-

petitividad. Respecto de este punto, se señala que la experiencia internacional demostró que las privatizaciones en sí mismas no garantizan un beneficio económico o servicios más eficientes o mejorados, aun cuando al principio suele haber un mejoramiento en el desempeño, este no se sostiene a largo plazo y sugiere una reestructuración de la entidad de manera de garantizar que se introduzca la competencia y se evite el monopolio; 4. Establecer una función reguladora del servicio privatizado. Aquí se pone el énfasis en que resulta imprescindible establecer un ente regulador que prevenga que las empresas se aprovechen o exploten sus monopolios mediante tarifas altas, vele por el cumplimiento de las leyes, los reglamentos y las funciones asumidas por la empresa privatizada, proteja los intereses de los ciudadanos, promueva la economía y eficiencia de la empresa, la competencia, trabaje coordinadamente con otras agencias reguladoras, resuelva disputas y reclamos. Destaca asimismo la necesidad de establecer una distancia entre el ente regulador y el ente regulado; 5. El marco regulatorio y el contrato de privatización deben garantizar que se presente la información de la empresa y del servicio de manera completa, precisa y de modo regular, acerca de todas las cuestiones materiales referentes a la sociedad (Estado-empresa), incluidos los resultados, la situación financiera, la propiedad y el gobierno corporativo. Aquí se resalta la necesidad de que las normas que rijan una empresa que asume un servicio público sigan los estándares internacionales, al igual que el alcance de la información sobre ellas que debe encontrarse disponible (informes sobre naturaleza jurídica de la empresa, financieros trimestrales y anuales, sobre las actividades comerciales de empresas subsidiarias, sobre las actividades de desarrollo e investigación, su actividad comercial requerida por el Estado de origen de la empresa; 6. Establecer las normas, los criterios y los procedimientos de evaluación de peticiones de aumento de las tarifas del servicio. Estos suelen incluir métodos y modelos económicos complejos que consideran factores equivalentes a las tasas de descuentos utilizadas por los inversionistas y deben definirse detalladamente en el contrato de privatización y le corresponde al ente regulador velar por su cumplimiento y, 7. Diseñar un plan (*rollback plan*) de terminación del contrato y traspaso de los servicios al Estado o a otro contratista, de manera que se pueda ejecutar la terminación y se reduzca el riesgo moral (*moral hazard*). Este último tiene que ver con la acción de sostener un mal negocio porque no

(48) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., "Legalidades aparentes", diario El Cronista, 12/02/2025 (Disponible en <https://www.cronista.com/columnistas/legalidades-aparentes/>). Ver también el trabajo de FERREYRA, Leandro, "Los decretos legislativos desde diciembre de 2023. Un repaso ante el vencimiento de las delegaciones de la Ley Bases" publicado en <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/6077/Los-decretos-legislativos-desde-diciembre-de-2023>.

(49) "Siete fases fundamentales para una privatización exitosa (El Ciclo de una Privatización)", 23/05/2001, Oficina del Contralor, San Juan, Puerto Rico (material disponible en Biblioteca AGN).

se podría justificar que este fracase, lo que lleva a una gestión desequilibrada a favor de los inversionistas, a dar los incentivos incorrectos con respecto a los riesgos y en una distribución de recursos y productividad en desventaja para el Estado y los ciudadanos.

Bajo estos parámetros, recordemos que la Ley de Bases establece que el Poder Ejecutivo nacional deberá llevar adelante las privatizaciones autorizadas siguiendo los procedimientos y modalidades de los capítulos II y III de la ley 23.696; que el proceso de privatización deberá desarrollarse conforme a los principios de transparencia, competencia, máxima concurrencia, gobierno abierto, eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos, publicidad y difusión; que las modalidades de selección para la privatización incluyen licitación pública, concurso público, remate público, o venta de acciones en Bolsas y Mercados, buscando siempre asegurar la máxima transparencia y publicidad, y estimulando la concurrencia de la mayor cantidad posible de interesados. También que la oferta más conveniente se evaluará no solo por el aspecto económico, sino también por el mayor beneficio para los intereses públicos y la comunidad.

A su vez, fija como principios rectores de las empresas u organismos (art. 23), los siguientes: “a) Eficiencia: utilizar eficientemente los recursos propios y los que reciba de las partidas presupuestarias; b) Transparencia: adoptar un rol activo en la publicación vinculada a su desempeño, adoptando las mejores prácticas de transparencia con sus accionistas y con la ciudadanía; c) Integridad: adoptar y cumplir con las políticas destinadas a prevenir y castigar la corrupción y el fraude, y desarrollar procesos destinados a garantizar la gestión transparente e íntegra de los recursos; d) Generación de valor: maximizar el impacto de las empresas en la economía, generando valor económico y social a lo largo de toda la cadena del negocio; e) Roles diferenciados: mantener por parte de los órganos de administración y de gobierno, de la independencia respecto de los funcionarios públicos en su rol de formuladores de políticas públicas y como regulador de la calidad de los servicios prestados por la sociedad; f) Controles eficientes: diseñar un sistema de auditoría y control que vigilen el cumplimiento de normas y legislación vigente pero que también cuenten con una arquitectura de control destinada a identificar y evaluar ries-

gos críticos y el impacto de las políticas corporativas”.

Con estos alcances queda definida la materia de control que sustenta esta competencia específica de la AGN. Por tanto, a fin de indagar en los estándares globales que dan uniformidad y contexto a su labor, debemos destacar que en materia de auditorías gubernamentales de desempeño y/o gestión a cargo de las llamadas Entidades Fiscalizadoras Superiores (en adelante EFS), esto es, los organismos que a escala local tienen por función primordial la tarea de control administrativo externo del sector público (50), como es el caso de la AGN, juega un papel central la INTOSAI (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores) a través del dictado de las Normas Internacionales (en adelante ISSAI) y distinto tipo de iniciativas de variado alcance, que persiguen la homogeneización de aquellos.

Efectivamente, la INTOSAI proporciona un marco de trabajo institucionalizado a las EFS, con el fin de promover el desarrollo y la transferencia de conocimientos, la mejora de la auditoría del sector público en todo el mundo y el aumento de las capacidades profesionales, así como la presencia e influencia de sus miembros en sus respectivos países (51).

Vamos entonces a recurrir a dicho ámbito para entender mejor el alcance específico del control que deberá desarrollar la AGN.

IV.1. Estándares globales de control de las privatizaciones

En el contexto antes apuntado, nos parece útil referir las “Normas para un mejor ejercicio de la auditoría de las privatizaciones” (52), que fueron

(50) Las EFS son órganos de control externo porque no pertenecen a la organización de la institución que es controlada, siendo su tarea tradicional la de control de la legalidad y regularidad de las operaciones.

(51) GUTIÉRREZ PIÑERA, Martín, “Importancia de la aplicación de los principios fundamentales de auditoría del sector público en las Entidades de Fiscalización Superior”, *Trascender contabilidad y gestión* Núm. 10 (enero-abril 2019), Universidad de Sonora, México. Departamento de contabilidad (disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/6679/667971051004.pdf>).

(52) Identificadas como ISSAI 5210 (disponible en https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/09/issai_5210s.pdf).

elaboradas por el denominado “Grupo de Trabajo sobre la Auditoría de la Privatización”, de la INTOSAI.

Según surge de su prólogo, hacia el año 1993 se conformó dicho grupo de trabajo en atención a los cambios radicales que se estaban produciendo en muchos países al mismo tiempo, en cuanto a la función del gobierno y su rol frente a los ciudadanos, que implicaban trazar nuevas líneas entre el sector público y el privado. Los términos de referencia de la tarea a desarrollar, consistió en: a) identificar y examinar los problemas que enfrentan las EFS en la auditoría de la privatización; b) intercambiar información sobre las experiencias de los miembros del Grupo de Trabajo en la solución de estos problemas, teniendo en cuenta las tareas ya desarrolladas en algunas regiones, y c) facilitar a los miembros de INTOSAI el acceso a la información pertinente.

Como resultado de ese trabajo fueron elaboradas una serie de directrices que sintetizan las experiencias de las distintas economías participantes del grupo de trabajo, en todas las fases del desarrollo de una privatización, y más allá de que se trata de un terreno de permanente evolución y de entornos que cambian rápidamente, se asume que las recomendaciones son duraderas para beneficiar a las EFS en las tareas de este tipo.

Las “Normas” se dividen en ocho [8] secciones (53) de las cuales, para destacar estrictamente aquello que se vincula con el estado actual del proceso que comentamos, solo nos detendremos en las dos primeras: capacidad y especialización de las EFS y consideraciones generales sobre el proceso privatizador.

IV.1.a. La capacidad de las EFS para hacer frente a la tarea de control

Esta primera sección se inicia con el interrogante *¿qué capacidad debe tener la EFS para llevar a cabo la auditoría de las privatizaciones?* Y pone de resalto que la especialización necesaria para este tipo de auditorías suele tener un alcance mayor que la ya existente en el campo de la auditoría tradicional. Sostiene así que para brindar la seguridad que se le requiere e identificar

los elementos erróneos del proceso, la EFS debe identificar esta nueva especialización.

Con tal alcance, distingue el caso en el que la EFS, por ser desde antes responsable de la auditoría de los organismos públicos encargados de las privatizaciones, ya ha tenido acceso, total o restringido, a la contabilidad de las empresas con anterioridad a la venta, es decir, cuando la EFS es responsable de la auditoría financiera de estas empresas cuando se encuentran bajo propiedad del estado. De ser así, las normas destacan que la auditoría contable previa a la venta probablemente implica para el auditor un mayor nivel de riesgo que en aquellos casos en los que no se producirá un cambio de propiedad. Ello sucede porque las partes participantes en la venta se basarán en aquella información financiera sobre la empresa que ha sido fiscalizada por la EFS. La auditoría será más exigente cuando se produzca una reestructuración significativa de la empresa antes de la venta, modificándose sus prácticas contables para preparar a la empresa para su transferencia al sector privado. Por dichos motivos, la EFS debe contar tanto con conocimientos adecuados de contabilidad comercial, como con el necesario nivel de conocimiento del sector industrial y del mercado en que opera la empresa.

Por otro lado, distingue el supuesto de auditoría de resultado, esto es, cuando la EFS lleva a cabo auditorías de resultados del proceso de venta en sí mismo, que es más claramente la tarea encomendada a la AGN como control ex post del proceso de privatización.

En dicho caso, señala esta normativa, la capacidad requerida puede dividirse en dos grupos. En primer lugar, los conocimientos sobre auditoría de resultados que son necesarios para poder emprender la auditoría eficaz de una función compleja o de alto riesgo, incluye el conocimiento del entorno político y de la maquinaria gubernamental (54), por lo que la EFS debe disponer de un adecuado asesoramiento legal y comercial

(53) 1. La capacidad de las EFS; 2. Consideraciones generales; 3. Ventas directas; 4. Compra total por la dirección de la empresa; 5. Privatizaciones masivas; 6. Subastas públicas; 7. Emisión de acciones y 8. Costos de venta.

(54) Una característica particular de los países que atraviesan un período de transformación económica, es que su legislación relativa a la propiedad pública y privada probablemente se encuentre en vías de modificación y elaboración al mismo tiempo que tiene lugar la privatización, dando lugar a varias dudas que se mantienen a lo largo de todo el proceso de venta sobre, por ejemplo, la propiedad de la empresa y la titularidad de los pasivos estatales residuales.

ya que se exige la aplicación del juicio personal. Por ende, deberá asignar la tarea a sus auditores de resultados más capaces, con la experiencia necesaria para efectuar evaluaciones difíciles contando con datos incompletos/ambiguos, y con buenos conocimientos en materia de análisis y negociación. En segundo término, la EFS debe tener acceso a conocimientos específicos relativos a la empresa que se privatiza y al mercado, no solo los conocimientos contractuales y legales que correspondan, sino también incluir el conocimiento de la banca de inversiones, con referencia particular a la valoración, el proceso de venta y la información exigida por las entidades financieras, conjuntamente con la capacidad contable, analítica y económica que abarque aspectos tales como los factores de descuento y la capacidad de comprender las bases de las ofertas por la empresa en venta.

Frente a estos desafíos, las directrices que comentamos evalúan dos escenarios posibles: hacer frente a esta especialización mediante personal propio, o contratando consultores externos. Señala al respecto que el punto de partida es que la EFS identifique y asegure la disponibilidad de la capacidad interna necesaria para realizar estudios de privatización autorizados, teniendo en cuenta la naturaleza y el cronograma previstos en el programa gubernamental de privatización, y complementar dicha capacidad con apoyo especializado externo si es necesario. A partir de ello asume que, en casos de privatizaciones de gran magnitud o complejidad, es poco probable que la EFS disponga de la adecuada capacidad y conocimientos necesarios para el cumplimiento de sus responsabilidades, por lo que entiende necesario contratar especialistas para llevar a cabo una auditoría en profundidad, y evitar que sus conclusiones estén sujetas a sospecha. Agrega que ello estará sujeto a que la EFS identifique claramente las áreas que requieren consultora externa, y que se realice una meticulosa selección de aquellos consultores que tengan los conocimientos necesarios para garantizar que no existe ninguna relación entre la empresa privatizada y los oferentes, a la vez que los consultores requerirán una dirección cuidadosa, y deberán contar con el respeto tanto de la institución auditada, como de la propia EFS.

IV.1.b. Consideraciones generales del control

La sección de las “Normas” referida a las consideraciones generales sobre la auditoría del pro-

ceso privatizador, discurre por distintos aspectos de interés que aquí destacamos.

(i) Inicio. Lo primero es *¿en qué momento debe la EFS comenzar a participar en la privatización?* Y al respecto, si bien tenemos claro que la directiva de la Ley de Bases contiene una definición sobre el punto, porque en definitiva el control a cargo de la AGN es siempre posterior y antes tuvo lugar el propio de la SIGEN, destacamos aquí que estos estándares internacionales señalan que aunque la EFS no sea el auditor de la empresa antes de la venta, existen buenas razones para que efectúe un examen de esta porque lo que se está vendiendo constituye un activo público, y la ciudadanía necesita contar con una garantía independiente de que el proceso ha sido correctamente gestionado y que el contribuyente se ha visto beneficiado. Afirma que tanto el vendedor como el comprador deberían ser conscientes que puede haber una tasación por parte de la EFS del resultado de la venta y que podrían tener que asumir la responsabilidad por su participación en ello.

Por ello señala que la EFS debe comenzar a participar en el proceso de privatización tan pronto como sea constitucionalmente posible, en forma compatible con el mantenimiento de su independencia.

Agrega también que en los casos en que la EFS no sea el auditor financiero de la empresa pero desee realizar una auditoría de resultados del proceso de venta, debería establecer un vínculo estrecho con el vendedor con la finalidad de comenzar la auditoría tan pronto como termine la venta, ya que la experiencia indica que quienes participan en ella, incluyendo las partes clave en la negociación, se dedicarán luego a otras tareas una vez finalizado el proceso.

(ii) Planificación. *¿Cuáles son los factores que debe tomar en cuenta la EFS para planificar la auditoría de la privatización?* La planificación de la auditoría constituye una disciplina esencial en este campo y debe ser minuciosa y adecuada, incluyendo factores tales como la definición de los objetivos de la venta, incluyendo aquellos no declarados, así como la identificación de las partes clave en el proceso, los riesgos y probabilidades de venta, así como el cumplimiento adecuado de la obligación de mantener informado al parlamento.

Al planificar la auditoría de una privatización, las EFS deben cubrir todos los aspectos principales de la venta que tengan incidencia sobre la ética comercial y su rendimiento económico, identificar las partes clave en la venta y obtener de ellas la necesaria evidencia, así como mantenerse alertas para obtener información de utilidad futura, incluyendo los procedimientos adoptados y los resultados de la venta junto con la pregunta de si se cumplieron los objetivos de la venta y su real alcance.

Si la EFS carece de una buena planificación, corre el riesgo de emprender una auditoría mal enfocada y sin la necesaria evidencia global como para garantizar un informe confiable. La EFS debe informarse sobre las actividades, la situación financiera y los activos de la empresa y debe averiguar cuáles adicionales informaciones se requieren y a qué precio para poder realizar una auditoría del proceso de privatización. La EFS deberá tener acceso al vendedor tan pronto como sea posible, dado que el equipo encargado de la venta puede dispersarse en otras actividades. Sin el mencionado acceso, la EFS no podrá identificar aspectos tales como los objetivos de la privatización, los criterios clave para su éxito, y las opiniones del vendedor sobre aquellos datos que puedan ser de utilidad futura. Estos datos son esenciales para informar sobre el enfoque de auditoría aplicado, la metodología utilizada, el uso de recursos y los plazos de los informes correspondientes. También es importante que la EFS intente obtener las opiniones de otras partes involucradas en la venta, tenga o no el derecho formal a su acceso. Típicamente, las privatizaciones incluyen la participación de una amplia gama de terceros además del vendedor. Entre ellos se pueden incluir los directores gerentes de la empresa que se privatiza, los oferentes, inversores institucionales, asesores, representantes del personal, expertos industriales y académicos, y grupos de consumidores. La EFS debe establecer rápidamente la identidad de dichas partes y planificar métodos eficaces para establecer cuál es su papel en la venta, y obtener de ellos la información que resulte pertinente. Las técnicas típicas para hacerlo incluyen entrevistas, cuestionarios estructurados y encuestas sobre las posiciones asumidas por cada parte. Existen ocasiones, como por ejemplo en ventas voluminosas de acciones, en las que quizás sea necesario que la EFS identifique estas posiciones en una escala global. Si se produce una brecha entre el momento de la venta y el informe de la EFS, será necesario que esta

se mantenga alerta frente a los acontecimientos posventa que puedan arrojar alguna luz sobre la medida en que se han alcanzado los objetivos del vendedor, por ejemplo, si el comprador ha cumplido con las condiciones de un posible acuerdo que permita el pago diferido a un determinado plazo, cuáles han sido las fluctuaciones en la cotización de las acciones luego de su venta, y si el comprador ha cumplido todos los compromisos contraídos con respecto al empleo o a los niveles de inversión en la empresa.

(iii) Reestructuración. ¿Qué elementos debe examinar la EFS en relación con la reestructuración de la empresa en el período previo a la venta? La reestructuración de una empresa estatal antes de su privatización abarca desde la adecuación de su marco legal vigente a uno que permita su venta, hasta la reorganización de sus aspectos fundamentales y sus finanzas para que se ajusten más apropiadamente a los objetivos a largo plazo de la privatización. Ya sea que la EFS lleve o no a cabo una evaluación del proceso de reestructuración, además de auditar su venta posterior, le resulta necesario entender cómo y por qué se ha reestructurado la empresa, para poder comprender el sentido de la venta. La EFS debe asegurarse de comprender los objetivos del vendedor cuando lleva a cabo una reestructuración en el período previo a la venta, así como las acciones que emprende para lograr dichos objetivos.

Los vendedores han adoptado diferentes enfoques con respecto a si una empresa estatal debería ser reestructurada, cómo y en qué medida, antes de su venta. Estos distintos enfoques reflejan circunstancias económicas que difieren de un país a otro, así como distintos objetivos de privatización que pueden variar en un mismo país a través del tiempo. Por ejemplo, en los países que tratan de pasar de una economía dirigida a una de mercado tan rápidamente como sea posible, frecuentemente se enfatiza la urgencia de la privatización de un elevado número de empresas, en tanto que al mismo tiempo se trata de poner en vigencia los sistemas legales y comerciales necesarios para respaldar una economía de mercado. Las modificaciones en el marco legal implican un cambio en la forma en que la EFS audita las privatizaciones; por ejemplo, la EFS deberá prestar particular atención a toda incertidumbre existente sobre la propiedad legal de los activos que el estado trata de vender o que ya ha vendido. A menudo la reestructuración previa a la

venta ha sido de tipo rudimentario, y se ha dejado en manos de los nuevos propietarios llevar a cabo una reorganización en profundidad si así lo desean, la que en ocasiones implica una reducción significativa del número de empleados. En algunas economías avanzadas, la reducción también ha sido dejada en manos de los nuevos propietarios, en la creencia de que es el mercado el que mejor puede decidir al respecto. En tales casos, la privatización puede tener costos sociales (particularmente, el desempleo) que el estado deberá pagar más adelante. A efectos de evitar dichos costos sociales, algunos países han obligado a declarar objetivos de la privatización el mantenimiento de niveles específicos de empleo e inversión. Sin embargo, en otros casos los gobiernos no han contado con recursos suficientes como para enfrentar una reestructuración significativa previa a la venta, que en ningún caso debería implicar una demora inaceptable de esta. Una investigación de las medidas de reestructuración previa a la venta realizadas por el vendedor puede aclarar las razones principales de la privatización y explicar la forma de que la venta cuadra dentro de la vista general del estado sobre privatizaciones.

La EFS debe comprender cabalmente los antecedentes de la venta, incluyendo los motivos por los que el estado encaró o no una reestructuración de importancia como preludio de una venta predeterminada, o si en ese momento mantenía una opción abierta de privatización. Esta cuidadosa investigación por parte de la EFS también contribuirá a identificar los factores clave que tuvieron influencia sobre la decisión de privatizar, que no necesariamente deben ser los mismos declarados objetivos de la venta, por ejemplo, las consecuencias esperadas de la eliminación de las deudas sobre la situación financiera global del estado.

Al considerar el examen y posterior informe sobre la reestructuración, la EFS deberá tener en cuenta que, además del impacto sobre la venta, puede transcurrir algún tiempo antes de que sea posible llegar a tener una opinión formada sobre la medida en que la empresa privatizada contribuye a los objetivos globales establecidos por el gobierno en materia de privatización (por ejemplo, el desarrollo de la economía de mercado), e incluso entonces puede resultar difícil evaluar el impacto de la decisión de reestructurar.

(iv) Objetivos de la venta. La identificación de los objetivos de la venta constituye el punto de partida crítico de una auditoría de resultados en una privatización. La EFS debe establecer cuáles fueron los objetivos inmediatos de la venta, teniendo en cuenta el pasivo de la empresa y la forma en que este se vincula a los objetivos a mayor plazo, incluyendo el desarrollo de una economía de mercado, así como consideraciones de tipo social y ambiental. La privatización no es un proceso estático, y los objetivos de cada venta reflejarán la evolución de la economía, que puede variar radicalmente a través del tiempo. Tanto los objetivos a un plazo inmediato, como aquellos a un plazo más prolongado, pueden entrar en competencia entre sí, por lo menos en cierta medida. Asimismo, no siempre se declaran todos los objetivos. Solamente comprendiendo la complejidad e interacción de dichos objetivos, y la forma en que afectan el desarrollo de la venta, la EFS podrá identificar los aspectos que deberá tomar luego en consideración durante su auditoría de la venta.

Al comienzo de su auditoría, la EFS debe asegurarse de comprender cabalmente todos los objetivos del vendedor en la privatización, y la forma en que ellos se relacionan con objetivos de mayor incidencia en la economía general. A menos que comprenda claramente y en toda su complejidad los objetivos del vendedor, incluyendo los que se relacionan con una política más general, la EFS corre el riesgo de emprender una auditoría de resultados que no logre identificar y examinar los fines que el vendedor trata de alcanzar.

Los objetivos de la venta varían entre un país y otro, dependiendo de los desafíos económicos particulares que estos enfrentan en el momento de la venta, y la forma en que ella se considera como parte de la respuesta a dichos desafíos. Pueden incluir una rápida venta de la empresa, demostrando a los mercados escépticos que la privatización es posible, y allanando así el camino a futuras privatizaciones, manteniendo los niveles de empleo, asegurando la inversión y estimulando una mayor diversificación en la propiedad de acciones.

La EFS deberá informarse sobre el efecto sobre la venta de las medidas personales del vendedor; por ejemplo, si existía algún objetivo para mantener el nivel de empleados o de proteger los derechos de los empleados en el caso de despidos y el procedimiento el cual acordaron el vendedor

y el comprador para manejar los pagos respectivos. Por su propia naturaleza, estos objetivos tienden a competir entre sí en cierta medida.

Uno de los temas a analizar por la EFS es si el vendedor ha podido alcanzar un equilibrio razonable entre la venta de la empresa de acuerdo con un cronograma estricto, por una parte, y la optimización del producto de dicha venta y la minimización de costos por la otra. Por supuesto que será decisión del vendedor decidir cómo conciliar objetivos tan conflictivos, y la EFS debería cuidar de no usurpar la responsabilidad del vendedor en la determinación de tales prioridades. Por ejemplo, si el estado como vendedor decide asignar prioridad a la venta rápida de la empresa sobre la optimización del producto, con el propósito de lograr la confianza del inversor en el proceso de privatización, estaría fuera de la competencia de la EFS sostener que el vendedor debería haber retrasado la venta para obtener un mejor precio. Pero es tarea de la EFS examinar las consecuencias de la forma en que el estado dispuso la privatización, y llamar la atención sobre cualquier beneficio público que pueda perderse como consecuencia de ese tipo particular de venta.

(v) Cronograma de la venta. No es extraño que uno de los objetivos del vendedor sea llevar a cabo la privatización con la mayor rapidez posible. La EFS debe asegurar que el vendedor publicó debidamente los plazos principales para garantizar condiciones iguales entre los oferentes y permanecer alerta para evitar que el cumplimiento de un cronograma estricto actúe en perjuicio de otros objetivos de la venta. Por eso debe establecer cuál es el objetivo del vendedor en relación al cronograma de la venta, así como determinar si el cumplimiento de dicho objetivo tiene algún tipo de impacto, ya sea positivo o negativo, sobre esta.

A menudo los vendedores se encuentran sometidos a una considerable presión para llevar a cabo la venta de acuerdo a un cronograma estricto. Además, el desarrollo de determinadas etapas de la venta con la mayor rapidez posible constituye una práctica generalmente aceptada, teniendo como finalidad evitar pérdidas de la empresa como consecuencia de inseguridades sobre su futura viabilidad y mantener la tensión competitiva y concentrar la atención en asegurar un buen negocio partiendo de las ofertas iniciales en una venta comercial total, pasando por la

selección final de los oferentes, hasta la finalización de la venta.

Al examinar estos aspectos, la EFS deberá demostrar su comprensión frente a estas presiones, pero el cumplimiento de un cronograma estricto no constituye una excusa para hacer las cosas mal. Se debe examinar si la venta se efectuó en forma tan apresurada que llevó a omitir o a realizar en forma negligente e incompleta las etapas clave del proceso (por ejemplo, la selección de asesores externos, la adecuación de la empresa a un marco legal apropiado, la toma de decisiones sobre el método de venta, la elaboración de la información financiera, la identificación y valoración de los activos, la valoración de la empresa, la comercialización y negociación de la empresa), y en caso de ser así, si ello provocó algún efecto perjudicial notorio sobre la venta, como por ejemplo, pérdidas en su resultado económico final.

(vi) Valoración de la empresa en el período previo a la venta. Una valoración independiente de una empresa previa a su venta es uno de los elementos clave de una venta perfectamente realizada ya que suministra al vendedor una forma de verificar si las ofertas presentadas por los oferentes son razonables y pueden ser útiles para las negociaciones siguientes de los oferentes.

La EFS debe determinar si el vendedor ha logrado obtener una valoración de la empresa antes de su venta. Si no es así, la EFS debe analizar las razones de no hacerlo y en el caso que se realice cualquier tipo de estudio después de la venta debería considerar la posibilidad de ordenar su propia valoración. Si la valoración previa a la venta se ha efectuado por el vendedor, la EFS debe establecer si: a) se basó en presunciones adecuadas; b) se logró en forma independiente del comprador y de la dirección de la empresa; c) se basó en principios aceptados de valoración comercial, y d) constituye una guía útil para el vendedor en la evaluación de las ofertas y en las negociaciones que conduzcan a la venta final. La valoración previa a la privatización constituye una práctica generalmente aceptada, particularmente orientada a determinar el valor de esta en funcionamiento, así como para disponer de un punto de referencia con respecto al posible producto de su venta y poder así compararlo con las correspondientes ofertas. En tales casos, la valoración —que puede por supuesto referirse a toda una serie de valores dependiendo de la hipótesis

que se aplicó— puede utilizarse como una forma de verificación cruzada del propio proceso de venta, cuando se aplican procedimientos de licitación selectivos. Si las ofertas recibidas difieren significativamente de las cifras sugeridas por la valoración, ello puede hacer surgir dudas con respecto a la eficacia del proceso de comercialización o de la competitividad de la venta. También es una práctica muy usual que el vendedor valore la empresa para determinar su precio límite, es decir el precio mínimo de venta.

(vii) Procedimientos de venta. La elección del método de venta puede resultar crucial para el éxito de la privatización. En algunos casos, la elección puede ser bastante directa; por ejemplo, una subasta pública puede ser la forma más simple y económica de enajenar empresas pequeñas en forma individual. Pero en el caso de empresas de mayor magnitud, la elección puede ser más compleja, como lo sería, por ejemplo, entre una venta global con una comercialización cuidadosamente planificada y una venta por acciones. Este último procedimiento es probablemente el más costoso en términos globales, pero si tiene éxito en crear una tensión competitiva entre una amplia gama de inversores, puede incrementar el resultado neto de la venta, y contribuir asimismo a alcanzar objetivos más generales, tales como el desarrollo de un mercado interno de capital. La EFS debe tomar en consideración qué forma de privatización podría haber elegido el vendedor y porqué el vendedor se decidió posiblemente para ese camino. La EFS debe examinar las opciones que el vendedor ha considerado antes de decidir el método de venta a utilizar, así como los criterios que ha aplicado en su selección, incluyendo el logro de objetivos más generales mediante el programa de privatización.

Las precauciones que haya adoptado el vendedor al decidir el método de venta pueden arrojar una luz considerable sobre su comprensión de la naturaleza de la empresa a la venta, así como de su atractivo potencial para el mercado. En el caso de empresas de mayor magnitud, puede resultar útil para el vendedor mantener abiertas opciones alternativas de venta directa o venta por acciones durante el mayor tiempo posible.

(viii) Integridad del vendedor en el proceso de venta. La privatización involucra la transferencia de activos públicos al sector privado, realizada por funcionarios públicos. La transacción debe ajustarse estrictamente a las exigencias

legales relativas a un adecuado registro contable de los ingresos y egresos estatales. También debe desarrollarse con equidad, de acuerdo con los niveles que se esperan de quienes son responsables por la protección de los intereses de los contribuyentes incluyendo el hecho de tener que tomar medidas para asegurar conformidad de los nuevos propietarios con cualquier tipo de obligaciones que debe solicitarse que incurran. Pueden surgir conflictos de intereses, por ejemplo, los vendedores y sus asesores pueden desear presentar una evaluación prudente del valor de la empresa para aumentar la probabilidad de una venta fructífera, pero eso puede ser también en perjuicio del contribuyente si se pierde valor.

La EFS debe examinar si se han adoptado las medidas de prevención adecuadas para garantizar que la venta se lleve a cabo en forma apropiada y honesta, así como investigar acusaciones de prácticas impropias y determinar si se produjeron desviaciones de los procedimientos establecidos.

IV.2. Contenidos mínimos del futuro control

Como corolario de lo expuesto, destacamos a modo de síntesis que el punto de partida para que las EFS examinen e informen sobre una privatización en particular, son tres interrogantes básicas (55): a) ¿Se llevó a cabo la privatización de acuerdo con las normas legales vigentes?, b) ¿Efectuó el vendedor una valoración adecuada de la empresa y sus activos?, y c) ¿Hubo más de una oferta?, como disparadores de los alcances mínimos del control a efectuar sobre un proceso de privatización.

Por cierto, un antecedente que registra la propia AGN (56) se ha definido el objeto de una auditoría de este tipo con base en las siguientes variables: 1. Valuación de la empresa en marcha, 2. Pago del precio, que incluye una evaluación sobre el proceso licitatorio y posterior control del cumplimiento de las obligaciones de la adjudicataria; las transferencias de bienes opera-

(55) Ver Introducción, punto 9, ISSAI 5210 (disponible en https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/09/issai_5210s.pdf).

(56) Ver por ejemplo Resolución AGN 165/2006 (10/11/2006) referida a la privatización de Altos Hornos Zapla. (Agradezco la colaboración de Alejandra San Martino, de la Oficina de Actuaciones Colegiadas de AGN para la búsqueda de estos antecedentes).

das; el pago del precio de los bienes de cambio adquiridos por la adjudicataria en el marco de la privatización y el cumplimiento del plan de inversiones comprometido. En otro supuesto (57), los objetivos de la auditoría fueron definidos de la siguiente manera: 1. Recopilación y análisis de la normativa legal; 2. Descripción del proceso de privatización; 3. Análisis de la valuación de los activos y el precio de venta; 4. Forma de pago del precio de venta y 5. Análisis de las salvaguardas contenidas en los documentos licitatorios.

Finalizamos entonces señalando que el contenido mínimo de control a efectuar deberá considerar las variables así apuntadas.

V. Primeras conclusiones (e interrogantes)

Lo expuesto hasta aquí nos permite afirmar que la reforma constitucional de 1994 le dio un impulso distinto al control público, cuando constitucionalizó la Auditoría General de la Nación en el artículo 85. Lo jerarquizó, porque ratificó la inclusión de un órgano que, dependiendo del Poder Legislativo nacional, tiene como cometido específico el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económico financieros y operativos (58). A partir de allí, la AGN adquirió una situación de especial preeminencia en el sistema de control externo, porque todo aquello que el Congreso decida controlar con relación a la Administración pública deberá hacerlo con sustento en sus informes (59).

Ahora bien, es importante destacar el contexto político y jurídico en el que se dio la constitucionalización de la AGN, porque justamente el nuevo perfil del control público tuvo lugar en el marco de la reforma del Estado, privatizaciones mediante. Podemos afirmar así que los constituyentes imprimieron una huella de garantía de control frente a un Estado en retirada, para que se erija en un bastión insustituible de cara al nuevo rol asignado a este último. Así como el art. 42 CN constitucionalizó a los entes reguladores de servicios públicos, que también se vinculaban

estrechamente a la reforma del Estado entonces impulsada, la AGN apareció como la garante de la asistencia técnica al Congreso de la nación de la función de control externo que tiene a su cargo, para que con autonomía funcional desplegara en sus dictámenes (Informes de Auditoría) el sustento de la opinión de aquel sobre los aspectos legales, económicos, financieros, de gestión y presupuestarios de todo el sector público nacional.

Comprender este contexto cobra un nuevo sentido hoy, porque debe brindar esa garantía frente al proceso privatizador actual, máxime cuando los antecedentes de control de las privatizaciones de la década del noventa no parecen ser completos ni suficientes (60).

Tengamos en cuenta para ello, tal y como vimos a lo largo de estas reflexiones, que la Ley de Bases, más que diseñar un régimen completamente nuevo, reinterpreta el modelo de la ley 23.696, y sus disposiciones convivirán a lo largo del desarrollo del procedimiento que se escoja para llevar a cabo la privatización.

Lo que sí es novedoso es cómo va a responder el sistema de control hoy existente frente a este proceso. Porque es esta la primera oportunidad en que se ponen en juego los sistemas de control interno y externo diseñados en la LAF —recogido en la Constitución en lo que respecta a la AGN—

(60) Por ejemplo, en el Informe de Auditoría AGN 193/2006, vinculado a la Cuenta de Inversión correspondiente al Ejercicio Fiscal 2004, se señala que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) había realizado un “control parcial de los recursos provenientes de privatizaciones” y que, a lo largo de sucesivos ejercicios, “no se ha determinado la existencia de un procedimiento de control de los ingresos por este concepto” y que “... no se ha podido acceder en ningún Organismo del Estado a una base de datos confiable que identifique todas las privatizaciones realizadas desde el año 1989 a la fecha...” (<https://www.diputados.gob.ar/comisiones/permanentes/cpyssocial/proyecto.html?exp=0186-D-2011>). También del “Informe sobre Privatizaciones de la Cuenta de Inversión con la registración contable correspondiente al Ejercicio Fiscal 2002” (Actuación Administrativa 101/2004) surge que la entonces requerida Secretaría de Energía de la Nación, no cumplió con los requerimientos de solicitud de información y la reiteración que se le formulara. Dicha información era requerida con el objeto de aplicar procedimientos de auditoría que permitan validar el cumplimiento del régimen de privatizaciones, impuesto a partir de la Ley 23.696 (https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/informes/2004_209info_0.pdf).

(57) Resolución AGN 46/1995 (8/05/1995) referida al proceso de privatización de la Fábrica Militar de Vainas y Conductores Eléctricos “ECA” SA.

(58) MERTEHIKIAN, Eduardo, “Ley de Administración Financiera y Control de Gestión”, Ediciones RAP, Décima edición, (www.revistarap.com.ar), p. 30.

(59) BARRA, Rodolfo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abaco, 2011, Tomo 4, p. 706.

frente a un proceso de privatización, y tocará desempeñar las competencias dentro de las órbitas que a cada uno le corresponde.

En la “Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización” elaboradas por las EFS que integran la INTOSAI se estableció que “[e]l control no representa una finalidad en sí misma sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar oportunamente las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso (...)” (61).

A nuestro entender, lo que no pueden soslayarse son los principios que gobiernan ese mandato de control, porque detrás del destino último de esa política pública están las personas a las que va destinada. Sabemos que no da lo mismo el resultado de una gestión de este tipo, que compromete patrimonio estatal y el uso de los recursos públicos proveniente de su privatización.

En tal sentido, toda política pública se inserta en el principio de buena administración, como obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable (62). Y que también y siempre, el derecho común de los de-

rechos humanos no tan solo trae consigo previsiones positivas a nivel convencional, constitucional y legal en materia de derechos y garantías, sino que genera una manera de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico desde la centralidad de la dignidad de las personas, los derechos que hacen a esa dignidad, las garantías, los deberes de las personas y las obligaciones estatales (con sus impactos en las relaciones del sector privado), como centralidad que subyace en todo el sistema normativo interno e internacional de protección, promoción y garantía de los derechos fundamentales (63).

Recordemos siempre que el derecho administrativo se construye sobre el modelo de Estado y, por tanto, en estos tiempos, el conflicto subyacente es entre el Estado de bienestar, el Estado regulador y el Estado garante, es decir, el Estado con capacidad y decisión para conformar el modelo social, el que es simplemente hacedor y aplicador de reglas, o el que es garante del poder transferido a la sociedad y desde allí al mercado (64).

Podemos sí discutir el rol del Estado y definir que debe ser público y qué privado, en consonancia con el interés general perseguido en un momento dado, en determinada época. Lo que no está en discusión es la cabal necesidad de que ello tenga lugar en el marco de nuestra Constitución y la institucionalidad que ella fija como paradigma.

(61) Citado por IVANEGA, Miriam, “Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad”, Abaco, Buenos Aires, 2003, p. 69, ver también, MORENO, Sergio G., “Control público y gubernamental”, Osmar D. Buyatti, Librería Editorial, Buenos Aires, 2022, p. 30.

(62) DIANA, Nicolás, “Reflexiones sobre el principio de la buena administración en la ley 27.742 Vis a vis entre los derechos humanos y el rol del Estado”, Suplemento Administrativo N.º 1, 2025, Francisco Javier Ferrer - Nicolás Diana (directores), p. 140.

(63) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., “Derechos humanos, regulación y tecnologías”, Suplemento Administrativo N.º 1, 2025, Francisco Javier Ferrer - Nicolás Diana (directores), p. 71.

(64) BALBÍN, Carlos F., “Crisis del derecho administrativo”, Ed. Astrea, 2020, p. 377. Ver también, ESTEVE PARDO, José, “La Administración garante. Una aproximación”, Revista de la Administración Pública Madrid, 2015, mayo-agosto, núm. 197, ps. 11-39.

La concesión de servicio público tras la Ley de Bases

Juan Antonio Stupenengo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La concesión como título habilitante clásico para la prestación privada de los servicios públicos y su replanteo a la luz del principio de subsidiariedad.— III. Inclusión del contrato de concesión de servicio público dentro del ámbito de aplicación objetivo de la ley 17.520 de Concesiones.— IV. La regulación del contrato de concesión de servicio público en la reformada ley 17.520 de Concesiones.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Entre los institutos del derecho administrativo impactados por la ley 27.742 (1) (“Ley de Bases”) se encuentra la concesión de servicio público. La ampliación del alcance objetivo de la ley 17.520 (2), de Concesión de Obra Pública —rebautizada ahora como Ley de Concesión de Obra Pública, Infraestructura y de Servicios Públicos (“ley 17.520, de Concesiones”)—, implicó la incorporación de aquel clásico contrato administrativo dentro de su ámbito de aplicación.

Aunque aún no se le ha prestado especial atención, a nuestro modo de ver el alcance de esta reforma resulta especialmente significativo. Frente a la falta, en nuestro país, de un régimen normativo general en el que se definieran las notas esenciales del contrato de concesión de servicio público, durante décadas sus contornos fueron moldeados a la luz de la regulación contenida en los marcos regulatorios sectoriales; ello, con la

consiguiente dispersión normativa que ello implicaba.

Pues bien, la Ley de Bases vino a alterar profundamente ese esquema. A partir de la reforma el contrato de concesión de servicio público ha dejado de ser un instituto regulado de manera fragmentaria para integrarse a un régimen legal positivo de alcance general, como lo es la ley 17.520 de Concesiones. El tránsito de un sistema de regulación sectorial a otro en el que el contrato de concesión de servicio público se encuentra regulado en términos amplios, comunes y uniformes —aun cuando resulta de aplicación supletoria, como veremos luego—, marca un hito en la evolución del contrato de concesión de servicio público en nuestro país.

El propósito de este trabajo es analizar el impacto de estas reformas. Para ello comenzaremos refiriéndonos al contrato de concesión como clásico título habilitante para la prestación de servicios públicos en la República Argentina. Tras ello, nos detendremos en la trascendencia de la incorporación del contrato de concesión de servicio público dentro del ámbito objetivo de aplicación de la ley 17.520 de Concesiones. Por último, estudiaremos las consecuencias que este cambio proyecta sobre las cláusulas y las características tradicionales de este clásico contrato público, muchas de las cuales se ven alteradas o redefinidas a partir de la nueva legislación.

(*) Abogado (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado (UBA y UCA) y en las maestrías y carreras de especialización en derecho administrativo de diversas universidades públicas y privadas.

(1) Sancionada el 27/06/2024 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 08/07/2024.

(2) Sancionada el 07/11/1967 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 13/11/1967.

II. La concesión como título habilitante clásico para la prestación privada de los servicios públicos y su replanteo a la luz del principio de subsidiariedad

En el derecho administrativo clásico la concesión ha sido concebida como el título habilitante típico y exclusivo para prestación de servicios públicos por los particulares. Como lo explicamos en otra ocasión (3), ello encontró su fundamento en la doctrina tradicional del servicio público, según la cual este era de exclusiva titularidad estatal.

En efecto, a la luz de la doctrina clásica del servicio público —de origen francés y diseño español—, la publicación de una actividad económica implicaba sustraerla del mercado para asignarle el carácter de actividad estatal; o sea, parte de la función administrativa (4). Esta doctrina fue fuertemente receptada desde antaño por la jurisprudencia judicial y administrativa (5) e, incluso, es

de algún modo mantenida en la actualidad por los tribunales (6). Pues bien, a la luz de esta mirada clásica, tras la declaración de una actividad económica como servicio público, el Estado pasaba a ser su titular exclusivo y podía, entonces, optar entre prestarlo por sus propios medios o delegar su prestación en los particulares mediante la suscripción del correspondiente contrato de concesión. Estos pasaban, de ese modo, a prestarlo por delegación estatal (7), y no por derecho propio (8).

(3) STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", en LARA, José Luis - DE LA RIVA, Ignacio M., "El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, ps. 209 a 212.

(4) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. Ateneo, Buenos Aires, 1947, ps. 152 a 158; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", Ed. T.E.A., Buenos Aires, 1949, p. 49; OYHANARTE, Julio, "La expropiación y los servicios públicos", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1957, ps. 51 a 58; BARRA, Carlos Rodolfo, "Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público", en Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 53; COMADIRA, Julio Rodolfo, "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 22; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Concesión de servicios públicos", Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, ps. 59 a 64; NALLAR DERA, Daniel Mauro, "Regulación y control de los servicios públicos", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, ps. 169 a 172.

(5) CS, "Municipalidad de Rosario c. Cía. Gral. de Luz y Fuerza", 1937, Fallos: 178:243. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "solo como poder político ha podido la Municipalidad de Rosario conceder a la compañía demandada el permiso a que se refiere la ordenanza nº 39... La concesión es un acto de soberanía; por ella se confiere a un particular o a una empresa facultades que no podrían darles las personas privadas; se les permite ejercer actividades que no serían accesibles al individuo por su naturaleza misma y que solo la concesión las hace posible"; PTN, Dictámenes: 112:177, donde se calificó al servicio público como "función propia del Estado".

(6) CS, "Buenos Aires, Provincia de c. EDENOR SA", 23/10/2007, Fallos: 330:4564, donde categóricamente fue reiterada aquella doctrina conforme a la cual "todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder concedente, que tan solo delega la prestación. El servicio, pues, se halla bajo la inspección y el control de ese poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente —o titular— y concesionario —o delegado— no cabe la intromisión de otra autoridad soberana"; íd., "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería", 18/08/2016, Fallos: 339:1077. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservadas a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos".

(7) BARRA, Rodolfo Carlos, "Los principios...", ob. cit., p. 55. El autor la denomina "delegación transestructural de competencias, porque lo que hace el Estado es delegar el ejercicio de la competencia que mantiene, por eso siempre puede retomarla, puede rescatar el servicio; transestructural porque está fuera de la estructura estatal. Lo importante es que la competencia es del Estado, aunque la pueda delegar a un particular".

(8) CS, "Cooperativa Eléctrica Bahiense Ltda.", 1943, Fallos: 196:295, donde —de manera categórica— se sostiene que "las actividades y servicios que deben prestarse directamente por el Estado o indirectamente por intermedio de concesionarios que obran en su nombre, son determinados por el Estado mismo con prescindencia del interés privado que invoque los derechos constitucionales de trabajar, comerciar y ejercer industria lícita (art. 14) ... La concesión es el acto legislativo o municipal en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa para la debida realización del servicio público dentro de los límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la realización"; íd., "F. C. Central Córdoba c. Municipalidad de San Francisco", 1941, Fallos: 189:394, donde sostuvo que "los ferrocarriles particulares no son equiparables al dominio y negocio privados".

Ahora bien, en las últimas décadas, con la irrupción del principio de subsidiariedad (9), esta ficción ha comenzado a ser blanco de objeciones (10). Es que, a la luz de este principio, la publicación de una determinada actividad económica no tiene ya la virtualidad de alterar su titularidad, la que se mantiene en cabeza de los particulares y respecto de la cual la iniciativa privada sigue rigiendo plenamente. En suma, por imperio del principio de subsidiariedad, la prestación de los servicios públicos por parte del sector privado no encuentra su causa en delegación estatal alguna, sino que, más bien, los titulares lo gestionan por derecho propio.

No obsta a lo expuesto el que, por tratarse de una actividad económica sujeta a la máxima intensidad de regulación estatal —como lo es su declaración de servicio público (11)— su válida prestación por el sector privado se encuentre sujeta al previo otorgamiento, por parte del Estado, del correspondiente título habilitante. Aquella habilitación estatal —que, por lo demás, no es exclusiva de los servicios públicos, sino propia de muchas otras actividades reguladas (12)—, constituye un potente instrumento de regulación, por el Estado, del ingreso y el egreso de actores al mercado (13). Por ello, al no mediar en rigor delegación alguna —sino que, como vimos, el prestatario privado del servicio lo gestionará por derecho propio—, el título habilitante no tendrá que ser exclusiva y necesariamente la concesión, sino que también

podrá estar dado por actos de naturaleza unilateral, como ser, por caso, las licencias, los permisos (14) o las autorizaciones.

Ahora bien, nada de lo expuesto implica desconocer a la concesión como título habilitante posible para la prestación privada de servicios públicos. Antes bien, incluso en la actualidad —con el progresivo abandono de la doctrina clásica del servicio público—, la concesión continúa siendo el título habilitante preferido y utilizado por excelencia para dicho fin. Ello es de toda lógica, no solo por el arraigo que la técnica concesional mantiene en nuestro medio sino, también —y sobre todo—, porque clásicamente se ha entendido que los derechos emergentes de los contratos ya sean ellos privados o públicos, eran especiales merecedores de la protección derivada de la garantía de constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada (15). Incluso, con especial referencia al contrato de concesión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “los derechos emergentes de una concesión... se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. Y no puede ser de otro modo. La realización de los grandes fines de bienestar y progreso material de una ciudad por el concurso de los capitales privados no sería factible si el contenido de las concesiones mediante las cuales aquellos pueden lograrse debiera quedar librado al juicio o al arbitrio subsiguientes de las personas en cuyo beneficio se ha querido precisamente organizar el servicio público de que se trata. La prohibición de alterar las obligaciones

(9) STUPENENGO, Juan Antonio, “Delimitación...”, ob. cit., ps. 196 a 198.

(10) MAIRAL, Héctor, “La ideología del servicio público”, en Revista de Derecho Administrativo, nro. 14, 1993, ps. 398 a 399; BALBÍN, Carlos Francisco, “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 913 a 914; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control”, en Servicios públicos y organismos de control, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006 y “Servicios públicos...”, ob. cit., ps. 12 a 15.

(11) STUPENENGO, Juan Antonio, “Delimitación...”, ob. cit., ps. 199 a 209.

(12) Por ejemplo, las actividades financieras y bancarias, aseguradoras, farmacéuticas, de comunicaciones, de transporte automotor, de generación de energía eléctrica, de estaciones de servicio, entre muchas otras.

(13) AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Competencia y regulación. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en AA.VV., “Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 31.

(14) Art. 15, inc. 7), ley 23.696.

(15) CS, “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”, 16/12/1925, Fallos 145:307. Allí se sostuvo que “el principio de la inviolabilidad de la propiedad asegurada en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio y sus desmembraciones”; id., “Gaggiomo, Héctor José Carlos c. Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso - administrativo de plena jurisdicción”, 19/11/1991, Fallos: 314:1477, donde el tribunal, equiparando los derechos emergentes de los contratos a los que surgían de una sentencia firme, sostuvo que “son derechos adquiridos los que nacen de una sentencia firme, o de un contrato o del acto administrativo que otorga una jubilación: en los tres supuestos tienen la índole jurídica de la propiedad lato sensu y rige la garantía del art. 17 de la CN”.

que nacen de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden” (16).

En suma, aunque la técnica concesional ha dejado de ser la única admitida para la prestación privada de servicios públicos —como vimos, a raíz del progresivo abandono de la doctrina clásica del servicio público y de la creciente influencia del principio de subsidiariedad—, su profundo arraigo en nuestro medio y la especial tutela reconocida a los derechos que de ella emergen hacen que, incluso en la actualidad, el contrato de concesión siga erigiéndose como el título habilitante por excelencia para la gestión privada de los servicios públicos.

III. Inclusión del contrato de concesión de servicio público dentro del ámbito de aplicación objetivo de la ley 17.520 de Concesiones

Tal como lo hemos adelantado, la sanción de la Ley de Bases ha implicado la regulación legal expresa, a nivel federal, del contrato de concesión de servicio público, el cual —por los motivos históricos reseñados más arriba—, desde hace décadas ha sido y sigue siendo en la actualidad el título habilitante mayormente utilizado para la prestación privada de los servicios públicos.

Como se sabe, clásicamente en nuestro país el contrato de concesión de servicio público no fue objeto de regulación a través de una ley marco general. Ello, a diferencia de otros contratos públicos que sí eran regulados de manera general y expresa por leyes específicas, como ser el caso —por ejemplo— del contrato de obra pública, regulado en la ley 13.064 (17); el de concesión de obra pública, regulado en la ley 17.520 de Concesiones; el de consultoría, legislado en la ley 22.460 (18); el de suministro, regulado en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por medio del dec. 1023/2001 (19); el de empleo público, legislado

en la ley 25.164, de Empleo Público (20), y el de Participación Público-Privada, regulado en la ley 27.328 (21). Como se ha dicho, aquella histórica ausencia de una regulación normativa general de la concesión de servicio público condujo a que los principios generales asumieran en este ámbito una relevancia particular (22).

Pues bien, tras la reforma introducida por la Ley de Bases, el contrato de concesión de servicio público ha pasado a estar incluido dentro del ámbito objetivo de aplicación de la ley 17.520 de Concesiones. Es que, según lo dispuesto por el nuevo art. 1º, el objeto de dicho contrato ya no se limita exclusivamente a la concesión de obra pública —como sucedía con anterioridad a la reforma—, sino que ahora se amplía, además, a la concesión de infraestructura y de servicios públicos (23). En este sentido, nos recuerda Perriño (24) que, si bien la inclusión del servicio público bajo el régimen concesional de la ley 17.520 no estaba prevista en el proyecto de Ley de Bases enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Nacional el 27/12/2023 ni en el texto sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación el 29/04/2024, dicha incorporación —efectuada en la letra de los artículos 1º, párrafos 1 y 2; 4, párrafos 2 y 3 y 7 bis, de la ley 17.520 de Concesiones—, fue realizada por la Cámara de Senadores de la Nación en la media sanción producida el 12/06/2024.

(20) Sancionada el 15/09/1999 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 08/10/1999.

(21) Sancionada el 16/11/2016 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 30/11/2016.

(22) TAWIL, Guido Santiago, “Los principios en el contrato de concesión de servicio público”, en Revista de Derecho Administrativo, nº 8.

(23) Art. 1º, ley 17.520 (t.o. ley 27.742): “El Poder Ejecutivo nacional podrá otorgar concesiones de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos por un plazo fijo o variable a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras o infraestructuras públicas y para la prestación de servicios públicos mediante el cobro de tarifas, peajes u otras remuneraciones conforme los procedimientos que fija la presente ley”.

(24) PERRINO, Pablo E., “Reforma al régimen jurídico del contrato administrativo de concesión de obra pública, infraestructura y servicios públicos. Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, LA LEY, 2024-D, p. 39.

(16) CS, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”, 03/03/1992, Fallos: 315:158.

(17) Sancionada el 06/10/1947 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 28/10/1947.

(18) Sancionada el 27/03/1981 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 06/04/1981.

(19) Emitido el 13/09/2001 y publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 16/08/2001.

La inclusión de la concesión de servicio público dentro del ámbito de aplicación de la ley 17.520 de Concesiones ha sido criticada por entenderse que, si bien en todos los casos nos encontramos ante técnicas concesionales —de obra, de infraestructura y de servicios públicos—, la prestación de estos últimos presenta peculiaridades que justifican un tratamiento dispar respecto de las concesiones de infraestructuras públicas (25).

De todos modos, debe destacarse que en el Anexo II del dec. 713/2024 —reglamentario de la Ley de Bases en cuanto reforma la ley 17.520 de Concesiones—, se haya dispuesto (26), con acierto, que las concesiones o licencias de servicios públicos regulados por normas especiales deberán sujetarse en primer término a lo previsto en los correspondientes marcos regulatorios. A nuestro modo de ver, ello implica que, en materia de concesión de servicios públicos, la ley 17.520 de Concesiones y su reglamentación serán de aplicación meramente supletoria; esto es, para todo aquello que no se encuentre previsto de modo expreso o implícito en el específico marco regulatorio del servicio público de que se trate.

IV. La regulación del contrato de concesión de servicio público en la reformada ley 17.520 de Concesiones

Un primer análisis de las disposiciones de la reformada ley 17.520 de Concesiones permite advertir la finalidad legislativa de morigerar o anular, en el marco del contrato de concesión, muchas de las cláusulas exorbitantes típicas del contrato administrativo clásico; como ser, por caso, las referidas a la potestad sancionatoria de la autoridad concedente, a la rescisión unilateral del contrato, a la indemnización que corresponde percibir al concesionario, etcétera. Cabe recordar aquí que estas cláusulas exorbitantes habían sido consideradas inútiles y peligrosas por un importante sector de la doctrina administrativista argentina (27).

(25) PERRINO, Pablo E., "Reforma...", ob. cit.

(26) Art. 3º, Anexo II, dec. 713/2024: "Servicios públicos. Las concesiones o licencias de servicios públicos regulados por normas especiales se sujetarán a lo previsto en sus respectivos marcos regulatorios".

(27) MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", *El Derecho*, T. 179, p. 655.

Para lograr aquella finalidad, en muchas de las disposiciones de la reformada ley 17.520, de Concesiones, ha sido reproducida la técnica legislativa que, hace ya unos años y con la misma finalidad, había sido utilizada en la ley 27.328, de Contratos de Participación Público-Privada. Dicha técnica consiste, por un lado, en prohibir la aplicación directa, supletoria o analógica de otros regímenes de contrataciones públicas —por caso, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por medio del dec. 1023/2001 (28)—, y, por el otro, en limitar y circunscribir las prerrogativas de la autoridad concedente exclusivamente a aquellas reguladas de manera expresa en la reformada ley 17.520 de Concesiones en su reglamentación y, más precisamente, a las que se establezcan en la documentación licitatoria y contractual (29).

En definitiva, la finalidad perseguida con aquella morigeración o anulación de las cláusulas exorbitantes pareciera ser la misma que imperó en ocasión de ser sancionada la ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada, del año 2016; esto es, generar la seguridad jurídica imprescindible para la concreción de relaciones contractuales de largo aliento, con prestaciones de gran complejidad y magnitud y que requieren la inversión de altas sumas de dinero del sector

(28) Art. 12 bis, ley 17.520 (t.o. ley 27.742): "No serán de aplicación directa, supletoria ni analógica a las contrataciones sujetas a la presente ley: a) El dec. 1023/2001 sus modificatorios y su reglamentación; b) Los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias. El pago del precio del contrato y/o la remuneración del concesionario constituyen una obligación de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El Estado nacional sólo se liberará si el concesionario percibe las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes".

(29) Art. 7, ley 17.520 (t.o. ley 27.742). Cabe señalar que, si bien incluso antes de la reforma a la ley 17.520 la propia autoridad concedente podía renunciar a dichas cláusulas exorbitantes en ocasión de redactar los pliegos de una contratación determinada —autolimitándose, de ese modo, en el ejercicio de sus potestades públicas (TAWIL, Guido Santiago, "Los principios...", ob. cit., ps. 841 a 842)—, las reformas ahora introducidas mediante la Ley de Bases persiguen reducir la discrecionalidad administrativa en tal sentido y dar un marco legal apropiado a aquella renuncia de prerrogativas públicas.

privado (30). Se trata, al fin y al cabo, de reducir los riesgos contractuales y, con ello, coadyuvar al consiguiente abaratamiento de las condiciones de financiamiento del contrato (31). Es que, si bien la asunción de riesgos es inherente al ejercicio de cualquier actividad empresarial, cuando esta tiene por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura de interés público —como es el caso del contrato de concesión de servicios públicos, en cuyo marco el concesionario se suele obligar a realizar importantes inversiones en infraestructura—, debido a la cuantía y a los largos períodos de maduración de las inversiones, los riesgos son sumamente altos, diversos y pueden afectar la ecuación económica financiera del contrato (32).

Ahora bien, la aplicación de la reformada ley 17.520, de Concesiones, al contrato de concesión de servicio público implica que —a menos que lo contrario sea dispuesto en el concreto marco regulatorio del servicio público en cuestión—, en el procedimiento de selección y en la documentación licitatoria y contractual deberán preverse los siguientes recaudos: (a) la selección del concesionario deberá tener lugar mediante el procedimiento de licitación pública; (b) deberán preverse, en la documentación licitatoria, las pautas para determinar la “oferta más conveniente”; (c) deberá preverse, en la documentación licitatoria y contractual, el plazo de la concesión; (d) deberán ser previstos los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones; (e) deberán ser contempladas las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación, las formas de ejecución y el destino de las sanciones de índole pecuniaria; (f) deberá preverse la remuneración del concesionario; (g) deberá incluirse un mecanismo de preservación de la ecuación económico-financiera; (h) deberá preverse la facultad administrativa de establecer modificaciones unilaterales al contrato de concesión; (i) deberán estar reguladas las causas de rescisión contractual; (j) deberá preverse la facultad del concesionario de ceder el contrato

de concesión; y (k) deberá posibilitarse la prórroga de jurisdicción a favor de un tribunal arbitral.

En lo que sigue analizaremos brevemente los aspectos fundamentales de cada uno de estos puntos, poniendo especial énfasis, en cada caso, en la novedad introducida por la reformada ley 17.520, de Concesiones.

(a) Selección del concesionario a través del procedimiento de licitación pública

De acuerdo con lo dispuesto en el nuevo art. 4° de la ley 17.520 de Concesiones, la selección del concesionario deberá tener lugar necesariamente a través del procedimiento de licitación pública —nacional o internacional, de etapa única o múltiple (33)—, sin que puedan sustanciarse otros mecanismos de selección, como ser, por ejemplo, la licitación privada o la contratación directa (34).

(33) Art. 6, Anexo II, dec. 713/2024: “El procedimiento de licitación pública nacional o internacional resultará obligatorio y podrá ser: a) De etapa única. La licitación pública será de etapa única cuando la comparación de las ofertas y de las calidades de los oferentes se realice en un mismo acto; o b) De etapa múltiple. La licitación pública será de etapa múltiple cuando se realicen en dos [2] o más etapas la evaluación y comparación de los antecedentes empresariales y técnicos; la capacidad patrimonial y financiera y otras calidades o requisitos exigidos a los oferentes; y el análisis de los componentes técnicos, financieros y económicos de las ofertas, así como el de cualquier otra variable que se contemple en el criterio de selección. Tendrá lugar cuando el alto grado de complejidad del objeto de la concesión, la extensión del plazo contractual, la estructuración del financiamiento u otras características especiales de la convocatoria lo justifiquen. En el caso que el procedimiento de etapa múltiple contemple una instancia de precalificación, esa etapa concluirá con el dictado del acto administrativo de precalificación de oferentes”.

(34) Art. 4°, ley 17.520 (t.o. ley 27.742): “Las concesiones de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos se otorgarán mediante el procedimiento de licitación pública nacional o internacional. El Poder Ejecutivo podrá convocar a la presentación de iniciativas privadas para la celebración de contratos de concesiones de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos en sectores considerados de interés público, conforme a los criterios y procedimientos establecidos en la reglamentación. Toda persona podrá presentar ante el Poder Ejecutivo iniciativas privadas para la ejecución de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos mediante el sistema de concesión. En todos los casos el financiamiento deberá ser privado. La reglamentación establecerá el procedimiento aplicable, los requisitos de admisibilidad de las propuestas, los derechos y obligaciones del proponente de la iniciativa privada y las ventajas

(30) PERRINO, Pablo E., “Prerrogativas de la Administración en los contratos de participación público-privada”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 117, 2018, p. 413.

(31) CASSAGNE, Juan Carlos, “Los contratos de participación público-privada en la ley 27.328”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 117, 2018, p. 433.

(32) PERRINO, Pablo E., “Prerrogativas...”, ob. cit., p. 413.

Al ser el mecanismo de selección del contratista que asegura en mayor medida el resguardo de los principios de igualdad, concurrencia y publicidad, la licitación pública cobra especial importancia a la hora de seleccionar al futuro particular concesionario del servicio público. Es que, al tratarse de una actividad económica prestada en condiciones de monopolio natural o legal y, por ello, estar su prestación limitada a un único concesionario privado (35), resulta fundamental la previa sustanciación de un procedimiento de selección que garantice la máxima amplitud del llamado y la más amplia convocatoria, de manera de asegurar no solo una nutrida concurrencia sino, también, el tratamiento igualitario entre oferentes y posibles oferentes.

En el Anexo II del dec. 713/2024 —reglamentario de la Ley de Bases en cuanto reforma la ley 17.520 de Concesiones—, se establece que el procedimiento de licitación pública nacional o internacional se sujetará a lo dispuesto en dicha ley, en la reglamentación, en las normas complementarias y/o aclaratorias que dicte la autoridad de aplicación y en el pliego de bases y condiciones de la referida licitación (36). En este sentido, en dicha reglamentación se regula con detalle el procedimiento de licitación pública a ser sustanciado para la selección del concesionario, previéndose allí todo lo relativo a las observaciones previas (37), a los pliegos de bases y condiciones particulares (38) y al de especificaciones técnicas (39), a su costo (40), a la publicidad de la licitación (41), a las circulares aclaratorias o modificatorias (42), a los actos que deben ser objeto de

difusión (43), a la apertura de las ofertas (44) y a los efectos de su presentación (45), a la prohibición de modificación de la oferta (46) y al plazo de su mantenimiento (47), a las cotizaciones (48), a las comisiones evaluadoras (49), a la adjudicación (50), a la disponibilidad presupuestaria (51) y a la firma del contrato de concesión (52).

(b) Necesaria previsión de las pautas para determinar la “oferta más conveniente”

Tras la reforma introducida por la Ley de Bases, en el nuevo art. 4° de la ley 17.520 de Concesiones se dispone que en los pliegos de bases y condiciones deberán regularse con detalle las pautas para la determinación de la “oferta más conveniente” (53).

Entre las diversas pautas establecidas en el dec. 713/2024 (54) cabe destacar, para el contrato de concesión de servicios públicos, la estructura tarifaria y de subsidios ofrecida por el oferente,

(43) Art. 17, Anexo II, dec. 713/2024.

(44) Art. 18, Anexo II, dec. 713/2024.

(45) Art. 19, Anexo II, dec. 713/2024.

(46) Art. 20, Anexo II, dec. 713/2024.

(47) Art. 21, Anexo II, dec. 713/2024.

(48) Art. 22, Anexo II, dec. 713/2024.

(49) Art. 23, Anexo II, dec. 713/2024.

(50) Art. 24, Anexo II, dec. 713/2024.

(51) Art. 26, Anexo II, dec. 713/2024.

(52) Art. 27, Anexo II, dec. 713/2024.

(53) Art. 4, ley 17.520 (t.o. ley 27.742): “La licitación de la obra, infraestructura pública y servicio público objeto de la concesión se adjudicará a la oferta más conveniente conforme con las condiciones establecidas en la reglamentación y las bases de la licitación o concurso”.

(54) Art. 24, Anexo II, dec. 713/2024: “Adjudicación. La adjudicación deberá recaer en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público de conformidad con los criterios establecidos en los Pliegos. A tal efecto, se considerarán, entre otros, los siguientes factores: a. estructura tarifaria; b. plazo de concesión; c. la existencia y, en su caso, la magnitud de subsidio del concedente al oferente; d. la existencia de ingresos garantizados por el concedente; e. el grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra o infraestructura o la prestación de servicio público; f. la calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios”.

competitivas que se reconocerán en los procedimientos licitatorios convocados sobre la base de iniciativas declaradas de interés público”.

(35) STUPENENGO, Juan Antonio, “Delimitación...”, ob. cit., ps. 202 a 209.

(36) Art. 5, Anexo II, dec. 713/2024.

(37) Art. 9, Anexo II, dec. 713/2024.

(38) Arts 10 y 11, Anexo II, dec. 713/2024.

(39) Art. 12, Anexo II, dec. 713/2024.

(40) Art. 14, Anexo II, dec. 713/2024.

(41) Art. 15, Anexo II, dec. 713/2024.

(42) Art. 16, Anexo II, dec. 713/2024.

el plazo de la concesión y el grado de compromiso del riesgo que asume el oferente (55).

Si bien la inserción de estos criterios de evaluación en los pliegos de bases y condiciones pareciera tender a limitar el grado de discrecionalidad de la administración concedente en la determinación de la oferta más conveniente (56), coincidimos con Crivelli (57) en que, tomados en conjunto, los requisitos mencionados mantienen, en rigor, una amplia discrecionalidad en cabeza del Estado y en que el único modo de garantizar la transparencia en la adjudicación es que haya un solo parámetro de competencia.

(c) Necesaria previsión del plazo de la concesión

De acuerdo con lo dispuesto en el reformado art. 7° de la ley 17.520 de Concesiones, la documentación licitatoria y contractual debe prever de modo expreso el plazo de la concesión (58).

(55) Criticando este criterio, sostiene CRIVELLI que “[e]l inc. e., referido al grado de riesgo asumido hacia el futuro por el concesionario, es casi imposible de medir, y por tanto de comparar. El riesgo para asumir por el oferente es algo que debe fijar el comitente, y debe hacerlo con mucha prudencia, porque a mayor riesgo transferido, mayor costo y también incertidumbre de cumplimiento. No es concebible que cada oferente diga qué riesgo asume y que se compita con semejante parámetro. Las promesas de asunción de riesgos no pueden ser factor de competencia, por lo cual este inciso debiera ser eliminado. El riesgo transferido debe ser igual para todos los oferentes” (CRIVELLI, Julio César, “Comentarios analíticos a las modificaciones de la Ley 17.520 de Concesiones de Obras Públicas por la ‘Ley Bases’ y su decreto reglamentario n° 713/2024”, en Revista del Régimen de la Administración Pública, n° 556/557, p. 8., ob. cit., p. 14).

(56) SESÍN, Domingo J., “La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos”, en AA.VV., “Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 129, quien, citado un precedente del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, señala que “el pliego de condiciones establecía nítidamente los requisitos jurídicos y técnicos respecto de cuál debe ser la mejor oferta, razón por la cual el tribunal correctamente considera, entrando al fondo de la cuestión y analizando detenidamente las probanzas de autos, que, debiendo controlar facultades regladas, la revisión judicial es insoslayable”.

(57) CRIVELLI, Julio César, “Comentarios analíticos...”, ob. cit., p. 14.

(58) Art. 7, primer párrafo, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

El contrato de la concesión de servicios públicos es usualmente catalogado como de larga duración o ejecución sucesiva, debido a que la prestación principal a cargo del concesionario —a saber, la provisión del servicio público— es llevada a cabo de manera continuada y en la forma convenida por las partes (59).

Ahora bien, como se ha dicho, el plazo de la concesión debe ser lo suficientemente extenso como para asegurar al concesionario un tiempo prudencial de explotación del servicio público que le permita amortizar las inversiones de capital que se encuentre compelido a realizar y la obtención de una ganancia razonable (60). En este sentido, se establece en el Anexo II del dec. 713/2024 que en la determinación del plazo contractual deberá considerarse el tiempo estimado que demandará la amortización del capital invertido por el concesionario, el pago de los servicios financieros, el recupero de los gastos de mantenimiento, la conservación, administración y explotación de la obra o infraestructura y el beneficio del concesionario (61).

(d) Necesaria previsión de los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones

Tras la reforma introducida por la Ley de Bases, se dispone en el art. 7°, inc. a) de la ley 17.520 de Concesiones que en la documentación licitatoria y contractual deberá contemplarse los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Ante todo, cabe recordar que, por mandato constitucional (62), el control de las obligaciones asumidas en el marco del contrato de concesión de servicios públicos debe ser puesto en manos de un ente de regulación y control.

Cabe también reseñar aquí, brevemente, que en materia de concesión de servicios públicos

(59) COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo, “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2013, 1ª ed., 1ª reimpresión, Tomo II, p. 934.

(60) DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, 6ª edición actualizada, p. 444; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “Concesión...”, ob. cit., p. 140.

(61) Art. 1, Anexo II, dec. 713/2024.

(62) Art. 42, CN.

existen dos formas o modalidades de regulación. Por un lado, el denominado “modelo de regulación de comando y control”, en el cual el regulador suplanta al concesionario en la adopción de las principales decisiones vinculadas a la operación de su actividad. Bajo este modelo es el regulador quien le impone al concesionario lograr determinados resultados (por ejemplo, metas de calidad de emisión de polución, de calidad de servicio o de niveles de producción) mediante el empleo de los medios o instrumentos que aquel le indica por medio de las normas y órdenes regulatorias (por ejemplo, inversiones dinerarias mínimas o máximas, obras, insumos, etcétera); todo ello garantizado con un régimen sancionatorio y hasta determinado previamente el precio que el prestatario debe percibir de los consumidores. Por otro lado, tenemos el llamado “modelo de regulación por incentivos”, por el cual, a través de la imposición de recompensas y penalidades, el regulador obliga al concesionario a obtener ciertos objetivos o resultados en la gestión, respecto de los cuales la compañía tiene determinada discrecionalidad en cuanto a la forma de obtener tales resultados (63).

(e) Necesaria previsión de las sanciones por incumplimiento contractual, los procedimientos para su aplicación, las formas de ejecución y el destino

En el art. 7°, inc. a) de la reformada ley 17.520 de Concesiones se establece que en la documentación licitatoria y contractual deberán contemplarse las sanciones por incumplimiento contractual, el procedimiento para su aplicación, las formas de ejecución y el destino que habrá de dársele a las sanciones de índole pecuniaria. Por su parte, en el Anexo II del dec. 713/2024 se agrega que en la documentación licitatoria y contractual deberá también preverse el detalle de todas las sanciones por incumplimiento contractual que podrán ser de aplicación al concesionario, no pudiendo, bajo pena de nulidad, aplicarse sanciones no previstas en el contrato de concesión o excederse los límites cuantitativos preestablecidos (64).

En este punto la novedad de la reforma viene dada por la exigencia de que en la documenta-

ción licitatoria y contractual se prevea necesariamente el régimen sancionatorio que resultará aplicable a la concesión. De este modo el legislador de la Ley de Bases ha “contractualizado” el régimen punitivo de la concesión, dejando en claro que la potestad sancionatoria ejercida respecto del concesionario deriva de las propias normas contractuales y no, en cambio, del famoso *ius puniendi* estatal (65).

Pareciera que se busca evitar que, como ha ocurrido durante décadas, sobre la base de las más diversas teorías —como ser, por ejemplo, la de la especial sujeción o, más modernamente, la de las cláusulas exorbitantes—, se pregone que en el marco del contrato de concesión de servicios públicos la autoridad administrativa cuenta con potestades sancionatorias implícitas (66). Para ello se ha sostenido, clásicamente, que la potestad sancionatoria de la autoridad administrativa surgía como natural correlato del poder de dirección y control de la administración —especialmente intensa en el contrato de concesión de servicios públicos—, pues aquella no podría tener verdadera significación si no estuviera acompañada por una facultad, igualmente vigorosa, de sancionar la inconducta contractual del concesionario y las transgresiones que cometa (67). En la misma línea se agregaba que no era imprescindible que en el contrato de concesión de servicios públicos fueran previstas de manera expresa las posibles faltas del concesionario ni, tampoco, las sanciones pasibles de ser aplicadas. Antes bien —se añadía—, la potestad de sancionar estaría siempre presente, aun en ausencia de cláusulas de ese tipo, y las sanciones, en tal caso, serían aquellas que eran tradicionalmente admitidas por el derecho administrativo y por las leyes administrativas que pudieren aplicarse (68).

(65) PERRINO, Pablo E., “Prerrogativas...”, ob. cit., p. 413.

(66) SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “Concesión...”, ob. cit., p. 231. El autor sostiene que “a falta de texto expreso que prevea las sanciones, el concedente no está por ello desarmado, ya que su poder de sancionar es un corolario lógico de sus atribuciones de vigilancia y contralor”. De todos modos, con referencia a la sanción de caducidad el autor entiende que “cuando la causal de rescisión no está prevista, esta debe ser declarada por el órgano jurisdiccional”.

(67) COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo, “Curso...”, ob. cit., Tomo II, p. 946.

(68) COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo, “Curso...”, ob. cit.

(63) AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios”, JA, 2005-I, ps. 1245 a 1258.

(64) Art. 29, inc. a), Anexo II, dec. 713/2024.

Pues bien, con la reforma introducida por la Ley de Bases queda en claro ahora que la potestad sancionatoria pasible de ser ejercida respecto del concesionario en el marco del contrato de concesión reviste carácter eminentemente contractual y no deriva, en cambio, del *ius puniendi* estatal. No se trata esta de una cuestión meramente semántica o teórica. Antes bien, como lo hemos analizado en otro trabajo —al que nos remitimos en honor a la brevedad (69)—, el carácter contractual de la potestad sancionatoria propia del contrato de concesión presenta ciertas notas que la diferencia nitidamente de la potestad sancionatoria administrativa clásica; a saber, en lo que hace a la función administrativa en la que se enmarcan una y otra, a la finalidad perseguida, al posible carácter expreso o implícito de una y otra potestad sancionatoria, al carácter obligatorio o facultativo del ejercicio de una y otra potestad sancionatoria, a la naturaleza jurídica de las sanciones pasibles de ser aplicadas y a la aplicación a su respecto de los principios de legalidad y tipicidad.

En lo que respecta al procedimiento sancionatorio, en el Anexo II del dec. 713/2024 —reglamentario de la Ley de Bases en cuanto reforma la ley 17.520 de Concesiones—, se dispone, por un lado, que previo a la aplicación de la sanción deberá otorgarse al concesionario un plazo razonable, no inferior a diez [10] días, para que presente el pertinente descargo y ofrezca la prueba que hace a su derecho, y, por el otro, que la sanción podrá ser impugnada en sede administrativa por la vía prevista en la documentación licitatoria o contractual, debiendo para ello establecerse los supuestos en los que la impugnación tendrá efecto suspensivo y el destino de las sanciones de índole pecuniaria (70).

(f) Necesaria previsión de la remuneración del concesionario

De acuerdo con lo dispuesto en el nuevo art. 7º, inc. b), de la ley 17.520 de Concesiones, en la documentación licitatoria y contractual debe

preverse la forma, modalidad y oportunidades de pago de la remuneración. Como se sabe, en el contrato de concesión de servicios públicos la remuneración del concesionario está dada por una tarifa que es fijada por el Estado (71) y abonada por los usuarios del servicio público (72).

También deben ser previstos en el pliego y en el contrato los procedimientos que deben ser seguidos para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas (73). En este último sentido, cabe destacar que en la reformada ley 17.520, de Concesiones, se dispone que no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica a los contratos de concesión las disposiciones contenidas en los arts. 7º (74) y 10 (75) de la ley 23.928 y sus modificatorias —por las que se dispone la prohibición de indexación automática—, lo que motivó, a su vez, que en la reglamentación contenida en el Anexo II del dec. 713/2024 se facultara a incluir en los pliegos y en el contrato procedimientos de revisión de precios que contengan fórmulas de

(71) CS, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18/08/2016, Fallos: 339:1077.

(72) Art. 7, inc. b), ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(73) Art. 7, primer párrafo, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(74) Art. 7, ley 23.928 (t.o. ley 25.561): “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”.

(75) Art. 10, ley 23.928 (t.o. ley 25.561): “Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar. La indicada derogación no comprende a los estados contables, respecto de los cuales continuará siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 62 in fine de la Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias”.

(69) STUPENENGO, Juan Antonio, “Particularidades del régimen sancionatorio de los servicios públicos” en STUCHI, Pierino - COMITRE, P. (editores). Nuevas perspectivas sobre calidad regulatoria, contratación pública, potestad sancionadora y actividad aeronáutica. III Anuario Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación, Palestra y ESAN, 2025.

(70) Art. 29, inc. a), Anexo II, dec. 713/2024.

aplicación automática y/o de ajustes provisorios automáticos y definitivos periódicos u otros mecanismos que garanticen el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato **(76)**.

Cabe también destacar lo establecido en el Anexo II del dec. 713/2024 en cuanto a que en la documentación licitatoria y contractual deben ser contemplados el plazo y/o el grado de impacto en el plan económico-financiero de la concesión a partir del cual el concesionario podrá oponer la excepción de incumplimiento contractual ante supuestos de incumplimiento de la autoridad concedente que incidan en el oportuno pago de la tarifa o demoras en su ajuste **(77)**. Para comprender la novedad e importancia de esta disposición basta con recordar las previsiones que, sobre esta cuestión, contenía la tristemente célebre ley 25.561, de Emergencia Económica del año 2002, por la cual —tras establecerse la pesificación de las tarifas de los contratos de concesión de servicios públicos **(78)** y ordenarse su renegociación **(79)**— se agregó que en ningún caso ello implicaría autorizar a las empresas prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones **(80)**, lo que implicó vedar la defensa de incumplimiento contractual en contra del concedente.

(g) Necesaria previsión de un mecanismo de preservación de la ecuación económico-financiera

Como señala Marienhoff **(81)**, la ecuación económico-financiera consiste en la relación establecida por las partes contratantes, al momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obliga-

ciones de este, considerados equivalentes. Sobre esa base, la garantía bajo estudio implica el derecho del contratista —fundado en las garantías constitucionales a la inviolabilidad de la propiedad **(82)** y a la igualdad **(83)**— al mantenimiento y restablecimiento de dicha ecuación económico-financiera frente a aleas de carácter administrativo o económico que sean imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato **(84)**.

En función de lo anterior, la reforma introducida a la ley 17.520 de Concesiones prestó especial atención a la necesidad de garantizar el principio de mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión. En tal sentido, allí se establece:

(i) El deber de la administración —y, por ende, el derecho del concesionario— de que se vea garantizado, durante todo el plazo de vigencia del contrato, el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera que fue tenida en cuenta por las partes al momento de su perfeccionamiento **(85)**;

(ii) Con esa finalidad, el deber de la administración de establecer, en la documentación licitatoria y en el contrato, los procedimientos de revisión del precio del contrato **(86)** y de recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato **(87)**;

(iii) El deber de los oferentes de consignar, en sus propuestas, la ecuación económico-financiera por medio de la explicitación del Valor Actual Neto (VAN) y/o la Tasa Interna de Retorno (TIR), conforme a los parámetros que deberán establecerse en la documentación licitatoria **(88)**;

(76) Art. 29, inc. b), segundo párrafo, Anexo II, dec. 713/2024.

(77) Art. 29, inc. b), tercer párrafo, Anexo II, dec. 713/2024. Allí se agrega que “[e]l concesionario no podrá, bajo ninguna circunstancia, oponer la excepción de incumplimiento contractual respecto del cumplimiento de obligaciones vinculadas con la seguridad de la obra y de los usuarios. En tal caso, solo tendrá derecho a solicitar la rescisión del contrato por culpa del concedente”.

(78) Art. 8, ley 25.561.

(79) Art. 9, ley 25.561.

(80) Art. 10, ley 25.561.

(81) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., T. III-A, p. 470.

(82) Art. 17, CN.

(83) Art. 16, CN.

(84) RODRÍGUEZ, Libardo R., “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, Ed. Temis, Bogotá, 2012, 2ª ed., ps. 25 a 27 y 32 a 37.

(85) Art. 7 bis, primer párrafo, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(86) Arts. 7, inc. b), y 7 bis, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(87) Art. 7 bis, cuarto párrafo, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(88) Art. 7 bis, tercer párrafo, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(iv) El deber de preservar el equilibrio económico-financiero original del contrato ante la facultad administrativa de establecer unilateralmente variaciones (89); y

(v) Que, una vez generada una distorsión a la ecuación económico-financiera por causas no imputables a las partes, estas tienen la facultad de renegociar el contrato a fin de alcanzar su recomposición o convenir su extinción de común acuerdo —según el plazo establecido en la reglamentación o en la documentación licitatoria— y, de no arribarse a un acuerdo, de someter la controversia a consideración del tribunal arbitral (90).

En cuanto al procedimiento de renegociación, se dispone en el Anexo II del dec. 713/2024 que podrá comprender la modificación del plazo; la modificación de la tarifa —pudiendo, en su caso, discriminarse el componente destinado a la recomposición de la ecuación económico-financiera—; el diferimiento, la suspensión o la supresión de inversiones; la autorización para realizar nuevas explotaciones complementarias o colaterales que permitan obtener ingresos adicionales; la compensación económica directa a través de fondos del Tesoro Nacional, de recursos provenientes de tributos con afectación específica destinados a tal fin, de contribución de mejoras u otros recursos disponibles; y una combinación de las alternativas enunciadas u otras que resulten compatibles con las características del contrato de concesión (91).

Asimismo, en la reglamentación se establecen pautas de procedimiento a ser seguidas en los casos de renegociación contractual (92).

(89) Art. 7, inc. d), ley 17520 (t.o. ley 27.742).

(90) Art. 7 bis, segundo párrafo, ley 17520 (t.o. ley 27.742).

(91) Art. 33, Anexo II, dec. 713/2024.

(92) Art. 34, Anexo II, dec. 713/2024: “La renegociación podrá iniciarse de oficio o a pedido del concesionario. A tal efecto, deberá cursarse la debida notificación de la solicitud de renegociación contractual. Se deberá acreditar, mediante informes técnicos, la conveniencia para el interés público de las condiciones de la renegociación y realizarse el debido análisis jurídico, económico y financiero de la ejecución del contrato a ser renegociado. La renegociación del contrato de concesión deberá realizarse dentro de los doce [12] meses de acaecida la causal determinante del desequilibrio de su ecuación económico-financiera. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes. En caso de extinción por mutuo acuerdo, deberá realizarse la

(vi) Para los casos de fuerza mayor o actuaciones de la administración que resulten determinantes de la ruptura sustancial de la economía del contrato de concesión, la facultad de prorrogarse el plazo de la concesión por hasta igual término al de su duración inicial (93).

Si bien es cierto que las previsiones incluidas sobre este punto fueron originalmente pensadas para la concesión de obra y de infraestructura —en cuyo marco y por sus especiales características cobran mayor relevancia (94)—, no lo es menos que, por tratarse de un contrato de larga duración, el mantenimiento de la ecuación económico-financiera también constituye un aspecto central en el marco de la concesión del servicio público. A tal punto ello es así, que se ha dicho que el mantenimiento de la ecuación económico-financiera constituye el principal derecho económico del concesionario (95).

(h) Necesaria previsión de la facultad administrativa de establecer modificaciones unilaterales al contrato

Tras la reforma introducida por la Ley de Bases se mantiene la facultad de la administración de modificar de manera unilateral los términos del contrato de concesión. Esta potestad adquiere especial relevancia en el marco del contrato que nos ocupa. Es que, al encontrarse en juego la prestación de servicios públicos y al tratarse de un contrato de larga duración —durante el cual pueden variar no solo las condiciones de hecho y las técnicas para la debida prestación del servicio, sino, además, el interés público comprometido—, resulta indispensable asegurar que la prestación del servicio público sea llevada adelante

liquidación de créditos y débitos dentro del plazo de cuatro [4] meses desde la fecha de suscripción del convenio de extinción. La forma de pago del crédito resultante a favor de alguna de las partes se establecerá en el convenio de extinción”.

(93) Art. 7° bis, quinto párrafo, ley 17520 (t.o. ley 27.742). Allí se agrega que “[e]n los casos de fuerza mayor, el concedente garantizará los ingresos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera de manera absoluta la realización de la obra o la continuidad de su explotación”.

(94) CRIVELLI, Julio César, “Comentarios analíticos...”, ob. cit., p. 8 y PERRINO, Pablo E., “Reforma...”, ob. cit.

(95) SACCO, Diego Hernán, “La ecuación económica financiera de las concesiones de servicio público ante la emergencia de la ley 25.561”, El Dial del 12/05/2006.

de manera tal que coincida de modo permanente con las exigencias del interés general (96).

Sobre el punto, en el nuevo art. 7°, inc. d), de la ley 17.520 de Concesiones se dispone que en la documentación licitatoria y contractual debe preverse la facultad de la administración de establecer unilateralmente variaciones al contrato de concesión solo en lo referente a la ejecución del proyecto y hasta un límite máximo, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento.

Sobre la compensación adecuada, en el Anexo II del dec. 713/2024 se establece que debe procurarse mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera de la concesión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7° de la reformada ley 17.520 de Concesiones y sus modificatorias (97).

Como se advierte, la facultad de la administración de establecer unilateralmente variaciones en el contrato de concesión se sujeta a la concurrencia de tres recaudos; a saber, que dichas variaciones recaigan sobre la ejecución del proyecto —en el contrato que nos ocupa ello implica admitir variaciones sobre la forma de la prestación del servicio público—, que no superen en más o en menos el 20% del valor total del contrato y que la alteración sea compensada adecuadamente, preservándose el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento.

(i) Necesaria regulación de las causales de terminación contractual

(96) COMADIRA, Julio Rodolfo – ESCOLA, Héctor Jorge – COMADIRA, Julio Pablo, “Curso...”, ob. cit., Tomo II, p. 946.

(97) Art. 30, Anexo II, dec. 713/2024. Allí se agrega que “[e]l cálculo de las compensaciones y las medidas compensatorias adoptadas para restablecer dicho equilibrio, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a cero [0], considerando la tasa de descuento aplicable al contrato de concesión, y/o la neutralidad del efecto económico que las variaciones y las correspondientes medidas compensatorias puedan tener en la tasa interna de retorno previstos en la oferta, ello conforme con lo previsto en la oferta y en el contrato de concesión y con las posibilidades y condiciones de financiamiento en oportunidad de disponerse la modificación unilateral del contrato de concesión”.

Según lo dispuesto en el nuevo texto del art. 7°, inc. e) de la ley 17.520 de Concesiones, en la documentación licitatoria y contractual también deben ser reguladas las causales de extinción por cumplimiento del objeto, por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo, por culpa de alguna de las partes, por razones de interés público y por otras causales. Debe regularse, asimismo, el procedimiento a seguir en cada caso, las compensaciones procedentes en los supuestos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago (98).

La necesaria y expresa regulación de las causales de terminación contractual —en especial, de aquellas que implican la terminación anticipada— constituye una importante garantía a favor del concesionario y, sobre todo, de los financistas, pues serán estos últimos los principales perjudicados por la eventual finalización anticipada del contrato de concesión y por la consiguiente imposibilidad de recuperar el flujo de fondos previsto (99).

En primer lugar, dicha garantía consiste en circunscribir la potestad administrativa de terminación anticipada del contrato de concesión a las causales expresamente previstas en el pliego y en el contrato y, por consiguiente, en prohibir que dicha potestad pueda ser inferida para otros supuestos de manera tácita o implícita del propio contrato o de la documentación licitatoria.

La disposición legal que comentamos cobra especial trascendencia frente aquella jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual, en el contrato de concesión de servicios públicos, la potestad rescisoria debía ser admitida aun cuando el régimen de contrataciones o las normas de la propia contratación no la previeran de manera expresa. En efecto, en el conocido precedente “Tecsa SA c. Segba SA”, del año 1999 (100), aquel tribunal sostuvo que “el poder de rescisión —aun cuando no esté expresamente contemplado en el contrato— constituye una prerrogativa que la Administración pública de todos modos tiene por estar ínsita en todo contrato administrativo. Más la estipulación expresa no resulta enteramente superabundante, pues

(98) Art. 7°, inc. e), ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(99) PERRINO, Pablo E., “Prerrogativas...”, ob. cit., p. 413.

(100) CS, “Tecsa SA c. Segba SA s/ contrato obra pública”, 21/12/1999, Fallos: 322:3139.

significa que en los casos que se determinen en los acuerdos de voluntades la rescisión debe sujetarse a lo establecido en ellos”. Similar criterio mantuvo parte de la doctrina **(101)**.

En segundo lugar, otra garantía prevista en la norma citada radica en la exigencia de que en la documentación licitatoria y contractual sean establecidas las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago. En el Anexo II del dec. 713/2024 se agrega que, a fin de definir el monto de la reparación que le corresponde al concesionario en los casos de extinción anticipada del contrato de concesión, en la documentación licitatoria y en el contrato debe establecerse la metodología de cálculo para determinar fehacientemente, por un lado, las inversiones no amortizadas realizadas por el concesionario y, por el otro, el lucro cesante, para los casos en que la extinción anticipada del contrato de concesión fuera unilateral y por causas no imputables al concesionario **(102)**.

Sin perjuicio de las garantías reseñadas en los párrafos anteriores —aplicables a todos los casos de terminación anticipada del contrato de concesión—, en la reformada ley 17.520 de Concesiones se prevén específicas garantías para los casos de revocación por razones de ilegitimidad, de caducidad y de rescisión por razones de interés público. Veamos.

(i) Revocación contractual por razones de ilegitimidad

En el nuevo art. 7°, inc. e) de la ley 17.520 de Concesiones se establece —como garantía de seguridad jurídica **(103)**— que la suspensión o nulidad del contrato de concesión por razones de ilegitimidad deberá ser siempre solicitada y declarada por el tribunal judicial competente. Se limi-

ta, de este modo, la facultad de la autoridad concedente de revocar en su propia sede el contrato de concesión por razones de ilegitimidad —por aplicación de los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, Nacional de Procedimientos Administrativos—, y de disponer su suspensión administrativa —en función de lo establecido en el art. 12 de dicha ley—, por lo que, en adelante, si aquella autoridad entendiera que el contrato adolece de vicios que lo tornan de nulidad absoluta deberá entonces promover la pertinente acción judicial de lesividad y, en su marco, solicitar el dictado de la correspondiente medida cautelar suspensiva de los efectos del contrato.

Como hemos señalado en otra oportunidad **(104)**, en sede judicial la administración puede plantear la nulidad del contrato de concesión tanto como parte actora —mediante la promoción de la correspondiente acción de lesividad— como, también, en calidad de parte demandada, invocando la nulidad absoluta del contrato a través de una reconvencción, una excepción o como defensa de nulidad en el marco de la acción judicial iniciada por el concesionario para exigir su cumplimiento.

(ii) La caducidad o terminación contractual por culpa del contratista

Para este supuesto, la novedad que trae aparejada la reforma a la ley 17.520 de Concesiones está dada por la necesaria regulación, en la documentación licitatoria y en el contrato, de las concretas causales de extinción contractual por culpa de alguna de las partes; en lo que ahora interesa, del concesionario. Ello implica que la caducidad del contrato de concesión —esto es, su terminación por culpa del concesionario—, solo podrá ser dispuesta válidamente ante la previa verificación de que se ha configurado alguna de las específicas y concretas causales previstas en el pliego y en el contrato. Nos remitimos, en este sentido, a lo expresado más arriba.

(iii) Rescisión contractual por razones de interés público

Para el caso de rescisión por razones de interés público, en los arts. 7°, inc. e) y 7° *ter* de la ley 17.520 de Concesiones, se dispone que no

(101) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Concesión de servicios públicos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 262, quien —con referencia a la sanción de caducidad— señala que “[l]a caducidad puede haberse previsto de manera expresa o implícita en la concesión, pero también puede ser declarada aun en el supuesto de no estar prevista... Si no surgen expresamente de la concesión las causales de caducidad, ni resultan implícitamente convenidas, también es posible llegar a declararla en los supuestos en que al concesionario le sea imputable el incumplimiento de sus obligaciones”.

(102) Art. 31, segundo párrafo, Anexo II, dec. 713/2024.

(103) PERRINO, Pablo E., “Prerrogativas...”, ob. cit., p. 413.

(104) STUPENENGO, Juan Antonio, “Ejecución judicial del acto administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, ps. 258 a 362.

será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad; en especial, las contenidas en la ley 21.499 de Expropiación; en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, y en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por medio del dec. 1023/2001 y sus modificatorias.

Esta disposición legal también implica una novedad. Es que, como se sabe, durante décadas la falta de regulación del contrato de concesión de servicios públicos condujo a que muchas de las cuestiones suscitadas durante su celebración y su ejecución fueran regidas de manera supletoria por otras leyes del derecho público. En lo que hacía al alcance de la indemnización que correspondía abonar al concesionario ante la rescisión contractual por razones de interés público, por aplicación supletoria de otras disposiciones que regulaban el punto —entre ellas, las contenidas en los arts. 10 (105) y 11 (106) de la ley 21.499, de Expropiaciones; 12, inc. b), del Régimen de Contrataciones para la Administración Nacional, aprobado por el dec. 1023/2001 (107) o 5 de la ley 26.944, de Responsabilidad del Esta-

do (108)—, parte de la jurisprudencia (109) y de la doctrina (110) entendían que, ante la causal de rescisión bajo análisis, la indemnización que correspondía abonar al concesionario debía estar limitada al daño emergente, con exclusión del lucro cesante.

(108) Art. 5º, ley 26.944: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

(109) CS, “Corporación Inversora Los Pinos c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 1975, Fallos: 293:617; id., “Cantón, Mario Elbio c. Gobierno Nacional”, 1979, Fallos: 301:403; id., “Motor Once, SAC e I. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 09/05/1989, Fallos: 312:649; entre otros. Sin embargo, en otros precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo el criterio contrario —a favor de reconocer una indemnización superior, no limitada al daño emergente—, como ser, por caso, CS, “Ingeniero Livia Dante Porta y Cia. SRL c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, 29/09/1973, Fallos: 286:333; id., “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c. Dirección Nacional de Vialidad”, 1984, Fallos: 306:1409; id., “El Jacarandá SA c. Estado Nacional”, 28/07/2005, Fallos; id., “Jucalán Forestal Agropecuaria SA c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 23/11/1989, Fallos: 312:2266; entre otros.

(110) MARIENHOFF, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *El Derecho*, n° 114, p. 949; COMADIRA, Julio Rodolfo, “Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, 2ª edición actualizada y ampliada, ps. 381 y ss. y HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, en AA.VV., “Contratos Administrativos”, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 535 y ss. En contra —o sea, a favor de la indemnización superior, que no se limite al daño emergente—, CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato administrativo”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, 2ª ed., ps. 158 a 160 y 162 a 163; BARRA, Rodolfo C., “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, ED, n° 122, p. 861; PERRINO, Pablo, “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público”, en AA.VV., “Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 369; PEREZ HUALDE, Alejandro, “Concesión...”, ob. cit., p. 270; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “Concesión...”, ob. cit., p. 316 (nota n° 376); BUJ MONTERO, Mónica, “Rescisión por oportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral”, en FARRANDO, Ismael (director), “Contratos Administrativos”, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 561.

(105) Art. 10, ley 21.499: “La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

(106) Art. 11, ley 21.499: “No se indemnizarán las mejoras realizadas en el bien con posterioridad al acto que lo declaró afectado a expropiación, salvo las mejoras necesarias”.

(107) Art. 12, inc. b), Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el dec. 1023/2001: “La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: ... b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento [20%] el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”.

En adelante, salvo disposición en contrario contenida en la ley del marco regulatorio del servicio público de que se trate —que, como vimos, es de aplicación directa y prioritaria al contrato de concesión de servicios públicos— y por aplicación supletoria de lo dispuesto en los arts. 7º, inc. e) y 7º *ter*, primer párrafo, de la ley 17.520 de Concesiones en la documentación licitatoria y contractual deberá necesariamente establecerse el alcance de la indemnización que corresponderá percibir al concesionario para el caso de rescisión contractual por razones de interés público. De todos modos, nada impide que en dicha disposición convencional pueda establecerse una indemnización limitada, pues no nos encontramos aquí frente a una cuestión regida por normas de orden público (111).

Por último, frente a la ausencia de disposición convencional, la cuestión del alcance de la indemnización deberá ser resuelta, llegado el caso, por el correspondiente tribunal judicial o arbitral, sin que pueda acudir, para su resolución, a la aplicación directa, supletoria ni analógica de las disposiciones limitativas de la reparación enunciadas más arriba.

Tras la reforma introducida por la Ley de Bases, en la ley 17.520 de Concesiones se agrega que, a fin de encontrarse adecuadamente fundada, la decisión de la autoridad concedente que disponga la extinción del contrato de concesión por razones de interés público deberá, a) identificar los informes técnicos objetivos que justifiquen la extinción del contrato; b) explicitar de manera concreta las causas en que se funda y las razones que sustentan una evaluación distinta del interés público comprometido en el contrato de concesión; y c) someter la determinación del alcance de la reparación del concesionario, en el caso que no haya mediado previo acuerdo entre las partes, a la consideración del panel técnico y/o al tribunal judicial o arbitral actuantes en el marco del contrato, en los supuestos que el contrato de concesión no contemple fórmulas u otros mecanismos para su determinación; a dicho efecto, podrá utilizarse como parámetro objetivo de ponderación las inversiones no amortizadas (112); y d) establecer el plazo de pago de

la indemnización, el cual deberá concretarse con anterioridad a la ejecución de los actos que materialicen la extinción del contrato por razones de interés público o la toma de posesión de la obra o infraestructura por el concedente (113).

En este punto cabe destacar las siguientes dos novedades.

Por un lado, que, en los supuestos enunciados en la norma —o sea, cuando en la documentación licitatoria y contractual no se prevean fórmulas ni otros mecanismos para establecer el alcance de la indemnización y las partes no llegaran a un acuerdo—, la determinación de dicho aspecto debe ser puesta a consideración del tribunal judicial o arbitral que actúa en el marco del contrato de concesión. De manera que no será el propio órgano concedente el que establezca unilateralmente el monto de la reparación —lo que exigiría, en su caso, la posterior impugnación administrativa y/o judicial por parte del concesionario disconforme—, sino, en cambio, el tribunal judicial o arbitral.

Por otro lado, también constituye una novedad que el pago de la indemnización en los casos de rescisión contractual por motivos de interés público deba ahora concretarse antes de la ejecución de los actos que la materialicen o de la toma de posesión de la obra o infraestructura por parte del concedente. Esta norma pretende hacer aplicable a estos casos la disposición contenida en el art. 17 de la CN —que, aunque referida a la expropiación, manda a que la indemnización sea previa— y, de ese modo, terminar con aquella tristemente célebre práctica que, basada en la presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto por el que se disponía la rescisión contractual —que impedían que su impugnación por el concesionario suspendiera sus efectos—, daba lugar a que, en definitiva, la toma de posesión de la obra o infraestructura del servicio público por

cálculo, a través de fórmulas u otros mecanismos reglados que permitan determinar y cuantificar fehacientemente las inversiones realizadas por el concesionario no amortizadas, a efectos de definir el monto de la reparación del concesionario en los casos de extinción anticipada del contrato de concesión. Deberá asimismo establecerse la metodología de cálculo para cuantificar el lucro cesante en los supuestos de extinción anticipada del contrato de concesión dispuestos unilateralmente por el concedente por causas no imputables al concesionario”.

(113) Art. 7º *ter*, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(111) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Concesión...”, ob. cit., p. 270.

(112) Sobre este punto, en el art. 31, segundo párrafo, del Anexo II del dec. 713/2024 se dispone que “[l]os Pliegos de la licitación deberán establecer la metodología de

parte del concedente tuviera lugar incluso años antes de que la indemnización se hiciera efectiva.

Por último, en cuanto al procedimiento de rescisión contractual por razones de interés público, en el Anexo II del dec. 713/2024 —reglamentario de la Ley de Bases en cuanto reforma la ley 17.520 de Concesiones—, se dispone, por un lado, que la extinción unilateral deberá ser declarada por el Poder Ejecutivo Nacional, debiéndose garantizar el derecho a ser oído del concesionario; y, por el otro, que deberá darse intervención al Ministerio de Economía de la Nación a fin de que informe el impacto económico de la medida en el ejercicio presupuestario pertinente y la existencia de crédito legal para atender el pago de la compensación económica dentro del plazo establecido para ello (114).

(j) Necesaria previsión de la facultad del concesionario de ceder el contrato

De acuerdo con lo dispuesto en el nuevo texto del art. 7°, inc. f) de la ley 17.520 de Concesiones, en la documentación licitatoria y contractual también debe ser prevista la facultad del concesionario de ceder el contrato a un tercero, total o parcialmente, siempre que, por un lado, este reúna similares requisitos que el cedente y, por el otro, haya transcurrido al menos el veinte por ciento (20%) del plazo original del contrato o de la inversión comprometida, lo que ocurra antes (115). Como se lo establece en el Anexo II del dec. 713/2024, el perfeccionamiento de la cesión se encuentra subordinado a la previa y expresa autorización del concedente (116).

En este punto la novedad de la reforma reside en que, abandonando el clásico principio vigente en materia de contratos públicos —según el cual, por su carácter *intuitu personae*, la cesión del contrato está prohibida salvo autorización de la administración (117)—, se prevé ahora la facultad

del concesionario de ceder total o parcialmente el contrato de concesión a un tercero en la medida en que concurran los recaudos allí previstos. Se trata de un cambio de paradigma fundamental, con arreglo al cual la regla ya no es más la prohibición de la cesión contractual, sino, por el contrario, la facultad del concesionario de ceder el contrato.

Esta facultad de cesión juega un rol fundamental en la financiación contractual, ya que al concesionario que ha asumido el compromiso contractual de realizar inversiones en infraestructura le permite ofrecer mayor seguridad a los potenciales financistas, fiadores, garantes o avalistas, al brindarles la posibilidad de una sustitución ordenada —y consiguiente continuación del contrato— para el caso de que, durante la ejecución, surjan dificultades económicas o incumplimientos (118). Ello no solo facilita dicho financiamiento, sino que, además, al reducir el riesgo percibido por los financiadores, lo torna menos costoso.

En cuanto al procedimiento para la cesión, en el citado artículo 7°, inciso f), de la reformada

el cocontratante tendrá:... b) La obligación de ejecutar el contrato por sí, quedando prohibida la cesión o subcontratación, salvo consentimiento expreso de la autoridad administrativa, en cuyo caso el cocontratante cedente continuará obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato. Para ello se deberá verificar que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria al momento de la cesión¹.

(118) Señala MAIRAL que “[l]a posición del financista es la más vulnerable de todas dado que debe adelantar, al Encargado del Proyecto, fondos cuyo recupero estará sujeto a riesgos más variados y significativos que cuando presta a una empresa ya existente y con cierta trayectoria. Recuérdese que el Encargado del Proyecto rara vez contará con un patrimonio neto importante. De allí que la única garantía para los bancos radique en los contratos mismos: el contrato con el Estado que asegura el flujo de fondos futuro y que habrá sido cedido a favor del Financista, el contrato con el Constructor que permite exigir un resultado dentro de un determinado plazo y a un precio también determinado, el contrato con la Auditora Técnica que asegura a los bancos el control del avance de obra y de la calidad de los trabajos. Es importante para el Financista, por ello, que estos contratos no se modifiquen sin su conformidad, a fin de que no se afecten los derechos que en ellos se pactan y que les son cedidos, ni las cláusulas contractuales que establecen directamente estipulaciones a su favor” (MAIRAL, Héctor A., “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, n° 2005, nro. 320).

(114) Art. 31, Anexo II, dec. 713/2024.

(115) Art. 7°, inc. f), ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(116) Art. 32, Anexo II, dec. 713/2024.

(117) Art. 13, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el dec. 1023/01: “Facultades y Obligaciones de los Cocontratantes. Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual,

ley 17.520 de Concesiones se dispone que, previo a ser autorizada por la autoridad contratante, deberá contarse con un dictamen fundado del órgano que ejerce el control de la ejecución del contrato sobre el cumplimiento de las condiciones antes mencionadas y el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario cedente. En este sentido, se agrega que, previo al perfeccionamiento de cualquier cesión, se deberá obtener la aceptación lisa y llana de los financistas, fiadores, garantes y avalistas, y la autorización de la administración. Se agrega que toda cesión que se concrete conforme con los recaudos antes referidos producirá el efecto de liberar al cedente de toda obligación originalmente asumida bajo el contrato de concesión, salvo que en el pliego se disponga una solución distinta.

Sobre estos últimos puntos cabe destacar dos novedades.

En primer lugar, la necesidad de contar con la previa aceptación lisa y llana de los financistas, fiadores, garantes y avalistas permite que estos actores, fundamentales en la estructuración financiera del contrato de concesión, ejerzan un control efectivo sobre la cesión. Se evita, de ese modo, que un cambio en la titularidad de la concesión pueda afectar sus intereses sin su consentimiento expreso. Ello, a su vez, refuerza la estabilidad jurídica del esquema de financiamiento y otorga mayor previsibilidad a los agentes involucrados.

En segundo lugar, a diferencia de lo previsto en los clásicos regímenes de contrataciones públicas —según los cuales el cedente sigue estando obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato (119)—, en la reformada ley 17.520 de Concesiones se dispone que la cesión efectuada con arreglo a sus disposiciones tiene el efecto de liberar al cedente de toda obligación contractual asumida originalmente, salvo que en el pliego de bases y condiciones se dispusiera una solución distinta.

(k) Posible prórroga de jurisdicción a favor de un tribunal arbitral

Tras la reforma introducida por la Ley de Bases, en el art. 12 de la ley 17.520 de Concesiones

se dispone que los contratos de concesión podrán prever mecanismos de prevención y solución de controversias, conciliación y/o arbitraje y que las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión podrán ser sometidas a consideración de un panel técnico o tribunal arbitral a solicitud de cualquiera de ellas.

Más precisamente, en cuanto a la vía del arbitraje con prórroga de jurisdicción, se establece en la norma citada que en la documentación licitatoria y contractual deberá incluirse la respectiva cláusula arbitral que será aprobada en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo Nacional e informado inmediatamente al Honorable Congreso de la Nación (120). A su turno, en el Anexo II del dec. 713/2024 se agrega que en los pliegos de bases y condiciones de la licitación podrán establecer la conformación de un tribunal arbitral administrado por un organismo con reconocida solvencia en la materia, ya sea de carácter nacional o internacional o, en su defecto, la constitución de un tribunal arbitral “ad hoc”, en cuyo caso debe determinarse el procedimiento y las reglas aplicables para su funcionamiento (121).

Ya desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea utilizada por el Estado para la resolución de las controversias contractuales que mantiene con los particulares (122). Incluso, en un conocido precedente de 1974 —en el cual fue anulado un laudo arbitral considerado contrario a los intereses públicos—, el Máximo Tribunal federal entendió que el entonces art. 100 (actual 116) de la CN no impedía que el Estado se sometiera a arbitraje, en la medida en que, como ocurría en el caso, la cuestión no comprometiera sus poderes públicos, mediara autorización legal y el compromiso arbitral habilitara la revisión por

(120) Art. 12, ley 17.520 (t.o. ley 27.742).

(121) Art. 37, Anexo II, dec. 713/2024.

(122) CS, “Pagano, Gerardo c/ Gobierno de la Nación”, 1920, Fallos: 133:61; id., “Sociedad Anónima Puerto del Rosario c. Gobierno Nacional”, 1928, Fallos: 152:347; id., “Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Nación Argentina”, 1937, Fallos: 178:293.

(119) Art. 13, inc. b), Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el dec. 1023/2001.

vía del recurso de nulidad previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (123).

Ahora bien, con algunas excepciones, como lo es la ley 13.064 de Obra Pública (124) —a la luz de la cual fue creado el célebre Tribunal de Obras Públicas de la Nación (125)—, la jurisdicción arbitral establecida en las leyes por las cuales fueron aprobados los tratados bilaterales de inversiones —los cuales establecieron mecanismos de arbitraje de inversión y en cuyo marco la República Argentina ha enfrentado demandas vinculadas a contratos de concesión de servicios públicos (126)—, o algunos otros casos aislados (127), lo cierto es que el arbitraje no suele estar previsto en las leyes que conforman el ordenamiento administrativo como modalidad de resolución de controversias entre el Estado contratante y el particular contratista. Ello condujo a que, como regla general, en nuestro país las controversias suscitadas en torno a la ejecución e interpreta-

ción de los contratos administrativos hayan sido clásicamente sometidas a la jurisdicción de los tribunales judiciales con competencia en lo contencioso administrativo (128). Entre los principales inconvenientes que ello trajo aparejado cabe destacar el concerniente a los prolongados tiempos del litigio judicial (129).

La habilitación del arbitraje como mecanismo posible de resolución de las controversias constituye una clara ventaja (130) no solo para las partes del contrato de concesión —concedente y concesionario—, sino, sobre todo, para los financistas, en aquellos casos en los que hubiera mediado financiamiento privado para la realización de inversiones en infraestructura. Ello es, así pues, como lo destaca MAIRAL (131), son precisamente los financistas e inversionistas quienes, habiendo ya adelantado los fondos, deben aguardar el resultado del litigio para poder cobrar del Estado o, en su caso, de otra parte responsable.

V. Conclusiones

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) Si bien en la actualidad la concesión no es el único título habilitante admitido para la prestación privada de servicios públicos —sino que en algunos marcos regulatorios recientes dichos títulos vienen dados por actos de carácter unilateral (por ejemplo, licencias, habilitaciones, etc.)—, su profundo arraigo en nuestro medio y la especial tutela reconocida a los derechos que de aquella emergen, por su naturaleza contractual, hacen que aún hoy el contrato de concesión

(123) CS, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. SA Sargo Argentina”, 1974, Fallos: 290:458, cons. 6 y 25.

(124) Art. 55, ley 13.064: “Todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación e interpretación de los contratos de obras públicas, derivadas de los mismos, deberán debatirse ante la jurisdicción contenciosoadministrativa, renunciando expresamente los contratistas a toda otra jurisdicción. La exigencia de este artículo será voluntaria para el contratista hasta tanto no se dicte la ley que rija el trámite en lo contencioso administrativo. En caso de someterse el contratista al actual trámite podrá convenir con la autoridad administrativa un tribunal arbitral que decida en única instancia”.

(125) Creado por el dec. 11.511/1947, emitido el 18/04/1947 y publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 21/05/1947.

(126) DURAND, Julio C., “Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), “Tratado General de los Contratos Públicos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 1159.

(127) VEGA, Susana, “Los contratos administrativos y la crisis actual en materia de solución de controversias”, en ZAYAT, Valeria (coord.), “El derecho administrativo de la emergencia V”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, pp. 56 a 58. Con agudeza la autora marca la distinción entre, por un lado, los contratos de mayor envergadura celebrados por las grandes empresas nacionales y extranjeras, cuyas controversias solían ser resueltas en jurisdicción arbitral extranjera —como los arbitrajes de inversión o algunos grandes contratos de obra pública— y, por el otro, los contratos celebrados por pequeñas y medianas empresas, que no cuentan con mecanismos que permitan acudir a arbitraje internacional.

(128) COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo, “Curso...”, ob. cit., Tomo II, p. 960.

(129) VEGA, Susana E., “Los contratos...”, ob. cit., p. 55.

(130) VEGA, Susana E., “Los contratos...”, ob. cit., p. 61.

(131) MAIRAL, Héctor A., ob. cit. El autor señala que “[s]obre la parte que financia pesa especialmente la tardanza en la solución de conflictos: mientras que el Estado y el Encargado del Proyecto litigarán sin haber hecho ningún desembolso hasta la puesta en servicio de la obra, y el Constructor lo hará habiendo cobrado sustancialmente la parte de la obra realizada, en caso de controversia (casos de terminación anticipada del contrato por el Estado invocando razones de interés público, o de destrucción de la obra por fuerza mayor, por ejemplos), el Financista habrá adelantado los fondos y deberá aguardar el resultado del litigio para poder, en su caso, cobrar del Estado o, en su caso, de otra parte responsable”.

signa erigiéndose como el título habilitante por excelencia para la gestión privada de los servicios públicos.

b) La reforma introducida por la Ley de Bases a la ley 17.520 de Concesiones tiene un impacto indudable en el régimen del contrato de concesión de servicio público, pues implicó otorgarle un marco jurídico general, del que careció durante décadas.

c) La ley 17.520 de Concesiones es de aplicación supletoria al contrato de concesión de servicio público, lo que implica que sus disposiciones le serán de aplicación en todo aquello que no se encuentre regulado en el específico marco regulatorio del servicio público en cuestión;

d) En virtud de la aplicación supletoria de la ley 17.520 de Concesiones al contrato de concesión de servicio público, en la medida en que no se establezca lo contrario en el marco regulatorio del servicio público en cuestión la selección del concesionario deberá ser realizada a través del

procedimiento de licitación pública y de acuerdo con las pautas establecidas en la ley 17.520 de Concesiones y en su reglamentación.

e) Asimismo, por aplicación supletoria de la reformada ley 17.520, mientras lo contrario no sea dispuesto en las normas del específico marco regulatorio, en la documentación licitatoria y contractual deberá necesariamente preverse (i) las pautas para determinar la “oferta más conveniente”; (ii) el plazo de la concesión; (iii) los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones, (iv) las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación, las formas de ejecución y el destino de las sanciones de índole pecuniaria; (v) la remuneración del concesionario; (vi) un mecanismo de preservación de la ecuación económico-financiera; (vii) la facultad administrativa de establecer modificaciones unilaterales al contrato de concesión; (viii) las causales de rescisión contractual; (ix) la facultad del concesionario de ceder el contrato de concesión; y (x) la posibilidad de prórroga de jurisdicción a favor de un tribunal arbitral.

Derecho administrativo y control judicial

El amparo en la LNPA (reformada) y sus implicaciones procesales y materiales

Patricio M. E. Sammartino (*)

Sumario: I. Las transformaciones del amparo desde “Siri” hasta la reforma constitucional de 1994.— II. El art. 43 de la Constitución Nacional y los diferentes tipos de amparo.— III. Las transformaciones del amparo posteriores a la reforma constitucional de 1994.— IV. El *amparo* en la LNPA (reformada) y sus implicaciones procesales y materiales.— V. Conclusiones.

I. Las transformaciones del amparo desde “Siri” hasta la reforma constitucional de 1994

En Argentina, el amparo nace y se desarrolla como técnica procesal diferenciada que tiene por objeto la efectiva protección judicial de los derechos fundamentales (1).

En efecto: el amparo no fue concebido como un cauce procesal meramente objetivo para la defensa *in abstracto* de la legalidad, ni tuvo como propósito preservar o resguardar el orden regular de las competencias. Tampoco tuvo en miras sustituir o reemplazar a las vías judiciales comunes o a los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (2).

Frente al conflicto planteado por una actuación estatal que lesiona la esfera inviolable de libertad de la persona, por un lado, y la inexistencia de herramientas procesales adecuadas para hacer cesar prontamente la supresión ilegítima de derechos esenciales, por otro, la jurisprudencia argentina respondió con un fallo emblemático, “Siri” (3). En este caso, la ausencia de un cauce de tutela judicial adecuado no impidió al Alto Tribunal extraer del propio derecho constitucional afectado la garantía procesal idónea para proteger, de inmediato, la integridad del derecho fundamental (4) agraviado. De este modo, en “Siri” se abandona la tendencia jurisprudencial predominante que negaba el amparo (5), desechándose, a la vez, la posibilidad de ampliar

(*) Profesor de derecho administrativo (UBA, U. Austral y UCA, entre otras). Director del pos máster en Derecho Administrativo Profundizado (U. Austral).

(1) CS., Fallos 347:1022; 345:1174; 342:1203; 332:1952; 330:5201; 329:4741; 327:2955; 325:1744, entre muchos otros.

(2) Fallos 347:1022, entre muchos otros.

(3) CS, Fallos 239:459.

(4) Dijo la CS en “Siri” (Fallos 239:459): “Las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”.

(5) CS, Fallos 168:15, 5/04/1933 (“Bertotto”); Fallos 216:611, 11/05/1950 (“San Miguel”).

el *habeas corpus* a otras libertades diferentes de la física (6).

El alumbramiento del amparo en la Argentina respondió al modelo de Estado que concibe a los derechos fundamentales como límites o barreras defensivas de la autodeterminación de la persona.

En su versión germinal, el amparo argentino se afincó en el principio, evocado recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual allí donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido (7).

Esta idea basilar del derecho de amparo exhibe un fundamento práctico insoslayable: los derechos y las constituciones quedan privados de significado si no se crean instrumentos eficaces para su aplicación (8).

Estimulado por una praxis judicial fecunda, el primitivo radio de tutela del amparo sufrió transformaciones graduales que desembocaron en el actual art. 43, de la CN.

Sin abandonar su horizonte de proyección inicial, el amparo argentino experimentó aperturas que excedieron la prístina defensa de la autonomía personal frente a las autoridades públicas.

Así, pocos meses después del fallo “Siri”, la Corte Federal resolvió el caso “SRL Samuel Kot” (9).

La decisión adoptada por la CS en “Kot” tiene relevancia por cuanto:

(6) Voto en disidencia del Dr. Tomás Casares en Fallos 216:611 (“San Miguel”).

(7) CS, Fallos 331:111 (“Halabi”), consid. 12; Fallos: 344:3011 (“Etcheverry”).

(8) Ver CAPPELLETTI, Mauro, “Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo”, Segundo seminario, en “La justicia constitucional y supranacional”, México, 1993, p. 48.

(9) CS, Fallos 241:291. Los hechos de este caso fueron los siguientes: en virtud de un conflicto laboral los obreros de la empresa ocuparon la fábrica de modo tal que ello originó su paralización puesto que si impedía la realización de tareas. El apoderado de la firma interpuso “recurso de amparo” a fin de obtener la desocupación del inmueble. Invocó la doctrina labrada meses atrás en “Siri” y fundó la pretensión en las garantías a la libertad de trabajo; a la propiedad; a la libre actividad (arts. 14, 17 y 19 CN).

i. Es la primera sentencia estimatoria de una pretensión de amparo dictada por una Corte nombrada en un gobierno *de iure*.

ii. Es la primera oportunidad en la que el Tribunal invoca como fundamento del amparo al art. 8º, de la DUDH (10).

iii. La decisión del Tribunal en esta causa importó la expansión de la protección amparista hacia situaciones no regidas por el derecho público.

iv. Finalmente, la sentencia dictada en “Kot” amplió el radio de protección del amparo a la dimensión horizontal de los derechos fundamentales (11).

El caso “Kot” es la primera variación evolutiva que registra el instituto, puesto que allí se admitió la solicitud de amparo en defensa de un derecho individual (derecho de propiedad y trabajar) de un particular frente a las vías de hecho desplegadas por otros particulares.

A partir de este precedente el amparo no solo tendrá la finalidad de restituir con prontitud la integridad de los derechos esenciales del particular frente a las autoridades públicas, sino también frente a otros particulares.

La doctrina judicial que extiende el amparo a las relaciones entre particulares está positivada

(10) En Fallos 334:1387 (“Pellicori, Liliana v. CPACF s/ amparo”, consid. 3º, de 15/11/2011) el Alto Tribunal señala: “Kot, asimismo, resultó la primera oportunidad en que el Tribunal hizo mérito, entre otros fundamentos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8º), adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas: “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

(11) En tal sentido el tribunal subrayó que “nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad...”. Décadas más tarde, en Fallos: 333:2306 (“Álvarez c. Cencosud”), el Alto Tribunal señaló que “los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”.

en los arts. 43, de la CN reformada, y 321 del Cód. Proc. Civ. y Com. (12).

La protección a través del amparo no se limitó a hacer cesar la lesión originada en la inobservancia del deber de no interferir o abstenerse de interrumpir el ejercicio de derechos y garantías constitucionales.

Una nueva variable de amparo asomó en la etapa legal del instituto. Nos referimos al amparo frente a las *omisiones* de las autoridades públicas (13).

Esta modalidad protectora está dirigida a hacer cesar situaciones de inactividad ostensiblemente antijurídicas de los órganos estatales destinatarios de un deber jurídico positivo, siempre que, como derivación de aquellas, se lesione un derecho fundamental.

El amparo frente a las omisiones de las autoridades públicas, y también de particulares, se proyectó tímidamente durante la etapa legal de instituto.

Sin embargo, el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional social y democrático de derecho sustentado en la reforma constitucional de 1994 ha ido potenciando la aptitud protectora del amparo frente a las omisiones de autoridades públicas y de particulares. En efecto: a partir del último lustro del siglo veinte esta modalidad de amparo adquiere un contenido más amplio del que supo tener en su etapa inaugural merced a los compromisos jurídicos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22, CN).

(12) El art. 321, inc. 2º, en su redacción actual prescribe que será aplicable el procedimiento sumarísimo “[c]uando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección”.

(13) El art. 1º de la Ley de Facto 16986 de 1966, establece que “[l]a acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública”.

Desde este vértice, el amparo se ha erigido en un insustituible instrumento por el cual se encauzan pretensiones que, además de vencer la inactividad de los poderes públicos, procuran el acceso inmediato a prestaciones establecidas en el ordenamiento jurídico (14) las que, de ordinario, están llamadas a satisfacer el mínimo existencial, vital o indisponible (15) que le corresponde al ser humano en su condición de tal.

Ciertamente, el compromiso del amparo con los derechos sociales produce en el derecho argentino una de sus mayores transformaciones (16).

La admisión de pretensiones colectivas de amparo en la última década del siglo veinte (17) —e incluso antes— (18) marcó el final de un ciclo gobernado por la indiscutida hegemonía del derecho (o interés) individual como exclusivo objeto de protección amparista.

La inicial irrupción jurisprudencial del amparo colectivo ensanchó el radio de tutela del amparo clásico a la dimensión colectiva de los de-

(14) Fallos 344:3011 (“Etcheverry” de 21/10/2021); Fallos 337:1564 (“Villarreal” de 30/12/2014).

(15) Fallos 347:1022; 347:547; 335:452 entre otros.

(16) Este tema lo trataremos al analizar los principios de plenitud revisora y de integridad. Sin embargo, vale adelantar que el amparo por omisión plantea cuestiones complejas. En la doctrina no hay criterios uniformes. Así, desde una primera perspectiva se sostiene que la omisión ilegítima se consuma recién cuando la autoridad pública incumple un deber normativo específico y concreto, en tanto en cuanto de esa abstención se derive una lesión sobre un derecho que integra el bloque de constitucionalidad. Frente a esta pauta de interpretación se sostiene otro criterio, que sustentado en la fuerza normativa de la Constitución —es decir, concibiendo a la Ley Fundamental no como mero programa sino como norma jurídica—, postula que el solo reconocimiento del derecho en el documento constitucional autoriza a exigir, de suyo, una prestación positiva, aun en ausencia de norma infraconstitucional que desarrolle y concrete el contenido del derecho constitucional implicado, debiendo, el tribunal en estos casos integrar, ora por vía de autointegración, ora por vía de la heterointegración, el ordenamiento jurídico.

(17) CS, Fallos 315:1492, 7/7/1992, “Ekmekdjian v. Sofovich”, LL 1992-C-540; CNCiv., sala K, 8/02/1991, “Cartañá”.

(18) Juzg. Nac. de 1º Inst. en lo Cont. Adm. Fed., nro. 2, firme, 22/03/1983, “Kattán”, LA LEY, 1983-D, 567 y del 10/05/1983; ED, 105-244.

rechos fundamentales, por un lado, y a los derechos de incidencia colectiva, por otro.

Uno de los aciertos más resonantes de la reforma constitucional de 1994 fue haber sabido captar y proyectar, a partir de la genérica fórmula establecida en el art. 43, segundo párrafo, CN, los compromisos jurídicos (negativos y positivos) que imponen los derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad más allá de las situaciones singulares.

El amparo colectivo es consustancial al *Estado constitucional social de derecho*, en tanto está llamado a garantizar, dentro del caso judicial, la efectiva operatividad de los derechos inherentes a la persona extramuros de las situaciones subjetivas individuales conocidas y desarrolladas en el derecho público clásico.

El amparo colectivo amalgama la protección inmediata de los derechos humanos con el principio de universalidad.

Por cierto, el art. 43, segundo párrafo, de la CN—y la jurisprudencia labrada en torno a él por la Corte Suprema de Justicia— además de constituir un punto de inflexión en la historia de las garantías, dio respuesta al problema de la *adecuada representatividad*, en sede judicial, de los derechos de incidencia colectiva; a la vez, descartó toda posible hermenéutica tendente a transformar el amparo en acción popular (19).

La mutación evolutiva del amparo quedó plasmada en el art. 43, primero y segundo párrafo, de la CN reformada en 1994 (20). La captación

(19) Sin embargo, cabe recordar que en Fallos 338:249 el Alto Tribunal sostuvo que cuando se encuentra en juego el “derecho fundamental a que la Constitución se mantenga” no se está frente a un problema de legitimación corriente, “pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad... En estas situaciones excepcionales, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés ‘especial’ o ‘directo’...” (cons. 9º).

(20) El art. 43 de la CN argentina establece: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de par-

lógica por la norma constitucional y su posterior consolidación jurisprudencial son el producto del progresivo desarrollo de la *cultura jurídica de la dignidad humana* iniciado en la República Argentina a partir del 10 de diciembre de 1983, fecha en la que se restableció el Estado de derecho.

La cultura jurídica de la dignidad humana se despliega en torno a los arts. 14 a 20, 28, 33 y en los arts. 36 a 43 y 75, incs. 22 y 23, de la Constitución reformada en 1994 (21) y en la interpretación que de ellos realiza el intérprete último, la Corte Federal.

Por cierto, la cultura jurídica de la dignidad de la persona humana se proyecta la *tutela judicial y administrativa efectiva* (22). Ella gravita decisivamente sobre las diferentes técnicas de protección urgente de los derechos esenciales.

En ese marco, el amparo desempeña un rol modular: frente a situaciones de grave inobservancia, obliga a las autoridades públicas —cualquiera que sea la función que ellas desplieguen— a

ticulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

(21) Peter Häberle puntualiza que la Constitución no es tan solo un orden dirigido a juristas. La constitución, señala este autor no es solo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas (HÄBERLE, Peter, “Constitución como cultura”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, ps. 71-72).

(22) En “Astorga Bracht” (Fallos 327:4185, de 14/10/2004), la Corte Federal argentina reconoció que la garantía a la tutela judicial y administrativa efectiva es un derecho constitucional (v. consids. 6º y 7º). A la vez, el art. 1º bis de la reciente ley 27.742 estableció que la tutela administrativa efectiva constituye un principio fundamental del procedimiento administrativo.

respetar y garantizar **(23)** los derechos inherentes a la dignidad humana. Por esta razón no dudamos en afirmar que el amparo es una garantía consustancial al Estado constitucional social y democrático de derecho.

La *cultura jurídica de la dignidad humana* no parece haber tenido aún suficiente correlato normativo en la regulación del procedimiento administrativo. Ciertamente es que la LNPA —modificada por ley 27.742— reconoció expresamente a la tutela administrativa efectiva como “principio fundamental del procedimiento administrativo”. Así, según el art. 1° bis, inc. a, de la LNPA reformada en 2024, la tutela administrativa efectiva se integra con el derecho a ser oído; el derecho a ofrecer y producir prueba; el derecho a una decisión fundada; el derecho a una expresa consideración de los principales argumentos y de la prueba producida; y el derecho a que el procedimiento tramite y concluya dentro de un plazo razonable. Sin embargo, el nuevo régimen legal del procedimiento administrativo omite reconocer el derecho a una *tutela “sustancial” efectiva*. El esquema de ordenación consagrado por la ley 27.742 se abstuvo de desarrollar los compromisos jurídicos fundamentales que emanan de la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional contemporáneo: *dignidad humana; derechos fundamentales inherentes a la persona humana y principio pro persona*

II. El art. 43 de la Constitución Nacional y los diferentes tipos de amparo

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó el amparo dentro del catálogo titulado “Nuevos derechos y garantías”. Dentro del él, el art. 43 incluye, además del amparo, otras dos garantías fundamentales el habeas corpus y el hábeas data

El art. 43 CN al tiempo que constitucionaliza el amparo establece el contenido esencial de la garantía. Su núcleo duro e irreductible se afina en un elenco de criterios rectores para toda clase de amparo. Estos criterios rectores son, en puridad,

(23) “Garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir de forma tal que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce (conf. “Girolidi”, Fallos: 318:514, 23/5/2006). Ver voto del Dr. Zaffaroni en “C. L., G. s/ acción de amparo”).

los principios constitucionales que gobiernan el amparo en el ámbito federal.

Ahora bien: el mismo art. 43, primero y segundo párrafo, consagra diferentes tipos, clases o subsistemas de amparo.

En efecto: según la norma, toda persona está constitucionalmente facultada para postular una pretensión de amparo frente a los *actos u omisiones* de las *autoridades públicas* o de *particulares* con la inmediata finalidad de resguardar los *derechos y garantías* reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley, ora en su dimensión *individual*, ora en su dimensión *colectiva*.

Combinando estos los diferentes pares de conceptos (acto y omisión; autoridades públicas y particulares; derechos individuales y de incidencia colectiva en general) es dable proponer, desde una interpretación sistemática y ordenadora de la garantía, ocho *subsistemas* básicos de tutela amparista.

En ese entendimiento, la pretensión de amparo —que no es sino el objeto del proceso— se podrá postular:

- i. Frente a todo “acto” de “autoridades públicas” en defensa de derechos “individuales” **(24)**.
- ii. Frente a todo “acto” de “autoridades públicas” en salvaguarda de derechos de “incidencia colectiva” **(25)**.
- iii. Frente a todo “acto” de “particulares” para la protección de derechos “individuales” **(26)**.
- iv. Frente a todo “acto” de “particulares” para la tutela de derechos de “incidencia colectiva”.

(24) V.gr., “Siri” (Fallos 239:459); “Arenzon” (Fallos 306:405); “Gottschau” (Fallos 329:2986); “Mantecón Valdés” (Fallos 331:1715); entre otros.

(25) V.gr., “Kattán” (LA LEY, 1983-D, 567 y del 10/05/1983; ED, 105-244); “Cartañá” (CNCiv., sala K, 28/02/1991); “Schröder”, CNCont. Adm. Fed., Sala III, en LA LEY, 1994-E, 449; “Halabi” (Fallos 332:111); entre otros.

(26) V.gr., “Kot” (Fallos 241:291; 333:2306); 7/12/2010 “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/ acción de amparo, del).

v. Contra toda “omisión” de “autoridades públicas” en defensa de derechos “individuales” (27).

vi. Contra toda “omisión” de “autoridades públicas” en salvaguarda de derechos de “incidencia colectiva” (28).

vii. Contra toda “omisión” de “particulares” para la protección de derechos “individuales” (29).

viii. Contra toda “omisión” de “particulares” para la tutela de derechos de “incidencia colectiva” (30).

Ciertamente, cada uno de los tipos, clases o subsistemas de amparo (31) presenta singularidades que, con mayor o menor intensidad, modulan los requisitos subjetivos y objetivos de la pretensión de amparo.

Va de suyo que el *amparo administrativo*, esto es, el amparo frente a las autoridades públicas que desarrollan la función administrativa es una clase o subsistema de amparo que se inserta en los subsistemas referenciados bajo los numerales i, ii, v y vi, respectivamente. A la vez, como se verá, la ley 27.742 introdujo modificaciones que impactan puntualmente en el amparo frente a los *actos* (singulares o generales, normativos y no normativos) de autoridades públicas que de-

sarrollan la función administrativa (con la extensión fijada por el actual art. 1° de la LNPA, según ley 27.742). Con lo cual, la referencia al amparo que realizan los arts. 23 y 24 de la ley 27.742 quedan comprendidos en los numerales i y ii.

III. Las transformaciones del amparo posteriores a la reforma constitucional de 1994

La jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994, juntamente con las recientes modificaciones de los arts. 23 y 24 de la LNPA, expanden las fronteras del amparo en diferentes direcciones. Veamos.

III.1. Derechos sociales y amparo

El tránsito del Estado formal derecho al Estado constitucional social y democrático de derecho impulsa el amparo hacia nuevos horizontes, tendentes a fortalecer la fuerza normativa de la Constitución. Es indudable que, desde comienzo de este siglo, la garantía amparista ha convertido en una verdadera *pieza maestra* para asegurar la efectiva protección de los derechos sociales fundamentales.

Así, en los últimos lustros es dable comprobar que el amparo se ha transformado en el cauce procesal apto, por excelencia, para garantizar el mínimo vital o existencial que le corresponde a la persona humana en su condicional de tal. En tal sentido cada día fluye con mayor evidencia que el amparo está llamado a encauzar las pretensiones procesales tendentes a satisfacer, con inmediatez, “las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces” (32).

En ese orden, la tendencia jurisprudencial coloca al amparo como proceso idóneo para garantizar la protección de los derechos a la salud (33),

(27) CS, “Villarreal” (Fallos 337:1564 de 30/12/2014; CS, “María, Flavia Judith v. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial” (Fallos: 330:4647 de 30/10/2007). “Salta, Pcia. de v. Estado Nacional s/ amparo” (Fallos 328: 4655; del 20/12/2005).

(28) V.gr., “Etcheverry”, Fallos 344:3011, de 21/10/2021 “Asoc. Benghalensis” (Fallos 323:1339); “Youseffian” (CN-Cont. Adm., Sala IV, 23/06/1998; “Labatón” (CNCont. Adm. Fed., Sala V, 25/09/1996). CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 2/06/1998, “Viceconte, Mariela Cecilia v. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, ED, 178-809.

(29) V.gr., “Bella” (16/07/1998, CNCiv., sala “D”, “Bella, Elvira v. FAT”, JA, 1998-IV-361); entre otros.

(30) V.gr., “Ekmejdjian” (CS, 7/07/1992, JA, 1993-IV; LA LEY, 1992-C, 540); 16/12/2002, CNCiv., “Fundación Mujeres en Igualdad v. FREDDO”, JA, 2003-II-415; entre otros. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Taldelva SRL y otro s/ amparo” (Fallos: 337:611 de 20/05/2014).

(31) Por cierto, los ocho tipos de amparo previstos en el art. 43 CN se podrían extender a dieciséis subsistemas si a los enumerados en el texto se le agregaran las variables lesión “actual” o lesión “inminente”.

(32) CS, Fallos 335:452, “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, cons. 12.

(33) Fallos 330:4647 (“María Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial s/ acción de amparo” de 30/10/2007. Más recientemente: Fallos 347:1022 (“U., L. N. c. Instituto Obra Social de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo”, de 20/08/2024); Fallos 347:547 (“R., P. c. OSDE”, de 21/05/2024); Fallos 347:1230 (“G., F. c. Asociación Mutual Sancor Salud s/ amparo ley 16.986”, de 17/09/2024); Fallos 347:1218 (“V., V. c. Mutual Federada 25 de junio —Federada Salud—” de 10/09/2024), entre muchos otros.

la integridad sicofísica (34), la educación (35), la vivienda (36), el trabajo (37), en contextos de vulnerabilidad. La vía del amparo enfatiza el Alto Tribunal, es particularmente pertinente para brindar “protección judicial efectiva” cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica que pertenecen al colectivo de personas mayores (38).

Bien se ha señalado que donde está en juego el derecho a la alimentación existe la necesidad de una tutela judicial que no puede ser derivada al trámite de un juicio ordinario (39).

III.2. Tensiones entre derechos y amparo

Algunas sentencias han considerado que el proceso de amparo es el cauce procesal adecuado para dirimir, de manera urgente, *tensiones entre derechos fundamentales* (40).

(34) Fallos 347:1022.

(35) Fallos 347:1218 (“V., V c. Mutual Federada 25 de junio” de 10/09/2024), entre otros.

(36) Corte Sup. Fallos 335:452, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

(37) Fallos 347:2115 (“Cosani”, de 19/12/2024); 331:1715 (“Mantecón Valdés”), entre muchos otros.

(38) Fallos 347:1022.

(39) Fallos 345:1481 (“Esquivel c. Estado Nacional s/ amparo ley 16986”, voto en disidencia del Dr. Lorenzetti, de 21/12/2022)

(40) Tal, pues, lo sucedido en el caso “T., S.” (CS, Fallos 324:5, 11/01/2001, “T., S. v. GCBA s/ amparo”). En esa causa la Corte Federal debió decidir entre la petición de una madre que para evitar mayores daños psicológicos le solicitó a un hospital público —con anterioridad a que se completaran los nueve meses de gestación— la inducción al parto de un niño anencefálico y el derecho de este. La denegatoria del hospital público se sustentaba en el deber de respetar el derecho del nasciturus a completar íntegramente su ciclo natural de vida intrauterina, garantizado por los arts. 75, inc. 22, CN —arts. 41, CADH; 61, PIDCP; 3º, DUDH; I, DADDH; y 70 y 72, Cód. Civil—. La Corte Federal confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que hizo lugar al amparo y autorizó el adelantamiento del alumbramiento para preservar el derecho a la salud de la madre —su estabilidad psicológica— por sobre el derecho del nasciturus a exigir que se le respete la integridad natural del ciclo de vida intrauterino. De suyo, se resolvió mediante un amparo una tensión entre derechos, sin que existiera ilegitimidad manifiesta, tal como lo establecen el art. 43, CN y el art. 14, CCABA.

III.3. Cuestiones de importancia institucional y amparo

Desde otro vértice, es dable comprobar que el alto Tribunal admite tratar por la vía del amparo cuestiones de *gravedad institucional* que requieran *respuestas urgentes*, aun cuando la índole compleja del asunto sometido a su decisión excede el marco de cognición reducido que es propio de este proceso (41). Desde este miraje, es dable

(41) En “Molinas” (Fallos 314:1091) la Corte federal sostuvo que, a pesar de la naturaleza excepcional del amparo, la importancia institucional del tema en debate, en tanto exige una rápida solución, habilita la admisibilidad del amparo (consid. 3º). De este modo el tribunal extendió el alcance de la gravedad institucional —por conducto de la cual se prescinde de ciertos extremos formales en el marco del recurso extraordinario— al ámbito del amparo constitucional. Aplicando ese criterio, se consideró apropiado ventilar por esta vía una pretensión anulatoria de un decreto del Poder Ejecutivo nacional que dispuso separar del cargo al fiscal general de Investigaciones Administrativas sin seguir el procedimiento del juicio político. El tribunal consideró que al mencionado funcionario no le corresponde el procedimiento del juicio político, sino que es el presidente de la Nación, quien como jefe supremo que tiene a su cargo la administración general de país, la autoridad investida de la potestad para disponer la remoción de quien ocupa aquel cargo. En ese sentido, el voto de la mayoría puntualizó que si bien el procesamiento o llamado a prestar declaración indagatoria —tal como se alegó en los fundamentos del decreto impugnado, por el cual se removió al fiscal general— no puede afectar la presunción de inocencia que garantiza el art. 18 de la Constitución, la fundada sospecha que recae sobre un funcionario de haber cometido delitos dolosos contra la Administración pública y la fe pública, derivada del dictado del auto de procesamiento, es causa suficiente y razonable para que resulte inadmisibles la permanencia en su función del titular de un organismo que tiene a su cargo la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la Administración Nacional, de sus entidades descentralizadas, de las empresas del Estado o de propiedad del Estado y, entre otras funciones, debe denunciar ante la justicia competente los hechos que como consecuencia de las investigaciones practicadas sean considerados presuntos delitos (Fallos 314:1102, consid. 20). Una línea similar se advierte en los precedentes registrados en Fallos 336:760 y 345:1269. En Fallos 336:760 (“Rizzo”) la actora postuló una pretensión de amparo en la que se solicitó la inconstitucionalidad de la ley 26.855 en cuanto modificaba la integración del Consejo de la Magistratura. La norma impugnada establecía que los consejeros (en representación de los jueces, abogados, académicos y científicos) serían seleccionados mediante elección directa por sufragio universal. Se sostuvo que el art. 4º de la ley 26.855 —en virtud del cual los jueces debían participar en procesos electorales como candidatos al Consejo nominados por los partidos políticos— debe ser declarada inconstitucional pues desconoce las garantías

inferir que las cuestiones de importancia institucional que requieren pronta dilucidación actúan como un factor de flexibilización de los requisitos de admisibilidad del amparo.

III.4. Emergencia y amparo

Las recurrentes declaraciones de *emergencia*, y sus correlativas regulaciones compresivas del contenido de los derechos, han transformado el amparo en el instrumento procesal apto para brindar inmediata protección (preventiva o resitutiva) a la sustancia constitucional de los derechos.

Las normas de emergencia se fundamentan en la necesidad de poner fin o remediar situaciones de grave perturbación económica, social, política o sanitaria, lo cual obliga al Estado a intervenir tanto en el orden patrimonial y como también en otros ámbitos.

El Alto Tribunal tiene dicho que las medidas tendentes a conjurar la crisis deben ser *razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica* y están sometidas al *control jurisdiccional* de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (42).

En la medida que las sucesivas declaraciones de emergencia —ora a través de leyes del Congreso, ora mediante decretos de necesidad y ur-

gencia emitidos por el Poder Ejecutivo con fundamento en el art. 99, inc. 3º, CN— han dejado de ser una situación extraordinaria, fluye como derivación lógica de ello que el amparo devino en *garantía ordinaria de protección de derechos fundamentales* frente a los poderes públicos en ejercicio de la policía de emergencia.

En el Estado constitucional de derecho, toda energización de las prerrogativas públicas lleva ínsita, como pauta axiológica de equilibrio, la correlativa intensificación de las garantías procesales, como, v.gr., el amparo (43) y las demás técnicas de tutela urgente [medidas cautelares, medidas anticipatorias (44) y autosatisfactivas (45)].

Frente al plexo jurídico de la emergencia el amparo se muestra como un dispositivo procesal decisivo para preservar o, en su caso, restablecer, sin dilaciones, la *armonización* en clave constitucional entre las prerrogativas estatales y los derechos fundamentales.

Aun así, no se puede ignorar que el dinámico devenir del amparo carece de la suficiente aptitud para controlar y eliminar las manifestaciones jurídicas de aquello que Bobbio (46) denomina el *poder invisible*. Le asiste razón al profesor italiano cuando puntualiza que la expulsión del poder invisible —que no aparece ni se muestra públicamente, pero que, sin embargo, corrompe la democracia y pervive con robusta consistencia junto o debajo (o incluso encima) del poder visible— es una de las promesas incumplidas de la democracia real respecto de la ideal.

III.5. Prevención de situaciones coyunturales de violencia y amparo

Como producto de los recurrentes vaivenes económicos y financieros, en Argentina, el amparo se erigió en un robusto y eficaz instrumento de prevención de la violencia social.

Así, la admisión de innumerables pretensiones de amparo postuladas por cientos de miles de ahorristas en moneda extranjera para proteger

que aseguran la independencia del Poder Judicial frente a los intereses del Poder Ejecutivo, del Congreso o de otros factores de poder, en la medida en que obliga al juez que aspira a ser consejero a optar por un partido político, afectando asimismo su imparcialidad frente a las partes del proceso y a la ciudadanía. En Fallos 345:1269 (“juez”) el Alto Tribunal consideró inválido el procedimiento de designación de los integrantes del Consejo de la Magistratura realizado a partir de la división del bloque mayoritario en dos para constituirse también en segunda minoría y nombrar por este a otro representante. El Tribunal consideró que ese proceder quiebra las reglas del debido proceso legislativo. En esos términos se hizo lugar a la acción de amparo se dispuso a declarar la nulidad del decreto parlamentario DPP 33/2022, por medio del cual la Presidencia del Senado de la Nación designó como representante de la segunda minoría surgida como división en dos del bloque mayoritario. Señaló que esa partición viola la finalidad representativa de la ley 24.937 y, por lo tanto, resulta inoponible a los fines de la conformación del Consejo de la Magistratura.

(42) Fallos 325:2059, cons. 6º (2002).

(43) Fallos; Fallos: 313:1513 (Peralta); 343:1704 (“Lee”, 2020); 329:5913 (Massa); 326:417 (San Luis).

(44) Fallos 325:28 (“Smith”).

(45) Fallos: 343:930 (“Maggi”, 2020).

(46) BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, Ed. Planeta, Barcelona, 1994, ps. 11 y 34-36.

el derecho de propiedad frente al plexo jurídico de la emergencia —denominado *corralito* bancario y financiero—, aventó el riesgo de la autotutela privada de derechos.

Esa circunstancia le confirió al amparo una dimensión social individual que, hasta ese momento, nunca antes había alcanzado.

En ese marco, como en cualquier otro que se relacione específicamente con el desarrollo de la función administrativa, una interpretación excesivamente restrictiva que neutralice la potencialidad protectora de esta garantía hasta anularla, como aquella otra que dilate sus confines hasta difuminarla como un medio ordinario más, en tanto malogran la primigenia finalidad del instituto, llevan insito, sea por defecto, sea por exceso, la impronta frustratoria del amparo (47).

La privación artificiosa del amparo —por conducto de las susodichas interpretaciones deformantes— y, por ende, la denegatoria de la elemental y primaria exigencia de justicia constitucional que aporta esa garantía fundamental, es propicia para generar, desde un enfoque social y político, núcleos de violencia ocasional y estructural (48), impropios para la consolidación de los

valores y principios del Estado constitucional social y democrático de derecho.

III.6. Políticas públicas y amparo

La consagración constitucional expresa del amparo, a través de la reforma de 1994, tuvo como primer propósito *reforzar la efectividad práctica de los derechos fundamentales que conforman el bloque de constitucionalidad* (49).

Sin embargo, en el Estado constitucional de derecho, la misión del amparo no se agota allí. Si bien la salvaguarda en tiempo útil de la sustancia constitucional de los derechos es la función predominante del amparo, ella, en cambio, no es excluyente de otras.

Coetáneamente con su cometido garantizador de derechos, individuales, sociales y colectivos, el amparo se erige en un instrumento judicial apto para controlar, desde el bloque de constitucionalidad, el *presente* —y también el devenir inmediato— de la gestión gubernamental (50). A

desaparecer de su historia la guerra, la discordia, la violencia" (CASTELLS, Alberto - BRIZUELA, D. A., "Reconciliación...", ob. cit., p. 46).

(49) Los derechos que conforman el bloque de constitucionalidad son aquellos que expresa e implícitamente reconoce la Constitución Nacional juntamente con los reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 CN (conf. Fallos 342:584 —"Espíndola", 2019—; 342:2298 —"Fleitas"— entre otros). La jurisprudencia del Alto Tribunal y la doctrina especializada subrayan que el "bloque de constitucionalidad", en nuestro país, constituye la sumatoria de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) (conf. BIDART CAMPOS, Germán, J., "El derecho de la constitución y su fuerza normativa", 1995, p. 40; MANILLI, Pablo, "El bloque de constitucionalidad", 2003, p. 189). En su formulación prístina, el juez Petracchi sostuvo que los tratados y convencionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) "junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de constitucionalidad argentina".

(50) El amparo, en tanto presupone actos, hechos u omisiones que inciden lesivamente sobre la esfera inviolable de la libertad —cercenando o suprimiendo el contenido esencial de los derechos que hacen a la dignidad misma de la persona— lleva insito situaciones de urgencia que no admiten ser debatidas por los cauces regulares, so riesgo de producir un daño grave sobre los derechos que se procuran tutelar. Ciertamente, no es la mera urgencia subjetiva alegada o la ansiedad personal del justiciable el factor que determina la apertura del amparo. Antes bien, la habilitación de la jurisdicción constitucional de la libertad en su

(47) Al respecto, resulta ilustrativo comparar las diferentes posiciones asumidas por los ministros de la CS, 5/03/2003, "San Luis, provincia de v. BNA".

(48) Afirma el profesor Alberto Castells: "La violencia puede presentarse, y de hecho se presenta, donde quiera existan relaciones humanas y sociales. Un análisis exhaustivo debería extenderse por toda la urdimbre de la sociedad y del Estado, llevándonos a descubrir las más diversas formas de violencia... La violencia estructural es la que actúa de modo permanente y oculto sobre los individuos, generando multitud de hechos de difícil comprensión, y violencia ocasional es la que surge entre los individuos cuando sus intereses particulares entran en conflicto. De ahí la distinción entre la violencia en estado potencial —latente— y la violencia en estado vivo —manifiesta— como formas convivientes típicas de la sociedad actual" (CASTELLS, Alberto - BRIZUELA, D. A., "Reconciliación y violencia", Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1992, p. 42). Más abajo expresa: "La respuesta convencional ofrecida por el comportamiento ético ante el fenómeno de la violencia remite al tradicional enfoque de la moral política, aunque purificado de sus adherencias ideológicas... En el plano ideal, el comportamiento ético —tanto en clave tradicional como en clave de anticipación— opta por la paz y la concordia —que perfeccionan la naturaleza humana—, mientras rechaza la violencia —que hiere la dignidad del hombre—. En consonancia con ese ideal, el comportamiento ético se esfuerza para que los pueblos creciendo en adultez, hagan

diferencia de lo que acontece con los cauces procesales ordinarios de revisión de actuaciones y omisiones de las autoridades públicas, el amparo constituye una formidable herramienta para incidir y corregir de modo inmediato las ilegalidades groseras que puedan exhibir la programación y ejecución de las políticas públicas *en curso*.

Esta *función* del amparo —control y protección frente las políticas públicas que se desarrollan en el *aquí y ahora*— se potencia con la consagración de la *buena administración* (51) como principio fundamental del procedimiento administrativo, por un lado, y con el expreso reconocimiento legal del *amparo como vía directa de acceso a la jurisdicción*, por el otro.

III.7. Conflicto estructural y amparo

La constatación de que la amenaza a los valores constitucionales no proviene de individuos sino del funcionamiento de organizaciones a gran escala (52) y que, por ende, resulta necesario habilitar remedios procesales y procedimentales apropiados para su reestructuración, erige al proceso de amparo como cauce de tutela judicial apto para postular y satisfacer pretensiones procesales de *reforma estructural* siempre, claro

variante amparista es una respuesta a la grave lesión inferida por la autoridad pública sobre un derecho fundamental. Ese daño, en tanto y en cuanto incide directamente sobre la dignidad de la persona, justifica la inmediata intervención del juez. Al restablecer rápidamente la fuerza normativa de la Constitución Nacional, brindándole a los derechos por ella reconocidos fuerza obligatoria en el caso concreto, el amparo se erige en un freno que opera con prontitud sobre las extralimitaciones notorias, groseras, manifiestas de los poderes públicos (y también privados, que desarrollan cometidos estatales delegados). En contraste con los tiempos que insumen los procesos regulares de control judicial de la actividad estatal, el trámite del proceso amparista está presidido por el principio de celeridad. De allí que el amparo efectiviza con prontitud el límite preestablecido por la juridicidad, depurando, del orbe jurídico, lo groseramente irrazonable, lo palmariamente antijurídico, lo descarnadamente absurdo. Ciertamente, la celeridad con la cual se elimina la ilegitimidad constitucional a través del discernimiento de la tutela amparista es un rasgo que claramente distingue el juicio de amparo de los restantes cauces procesales y procedimentales de control y protección frente a la administración.

(51) Conf. art. 1º bis, LNPA reformada por ley 27.742.

(52) FISS, Owen, “El derecho como razón pública”, Ed. Marcial Pons, 2007, ps. 78/79.

está, que la cuestión requiera una solución objetivamente urgente, no resulte compleja y concierna a derechos sociales.

En efecto, el denominado “litigio estratégico” o “litigio de reforma estructural” atiende a una situación genérica, colectiva y estructural que afecta derechos fundamentales (53). Este tipo de proceso, según se señala, hunde sus raíces en el célebre caso “Brown vs. Board of Education” (1954). En esta sentencia la Corte de Estados Unidos declaró inconstitucional la separación de los niños de las escuelas públicas por motivos de raza (violación de la protección igualitaria consagrada en la enmienda 14ª), abandonando así la doctrina del precedente “Plessy vs Ferguson” (“separados pero iguales”), de 1886.

El desarrollo del amparo como cauce procesal de pretensiones de reforma estructural facilita el acceso a los tribunales de sectores vulnerables de la sociedad —a través de los legitimados que reconoce el art. 43.2, CN— para encauzar pretensiones que tienen por objeto la emisión de mandatos modificatorios de las políticas públicas inconstitucionales o inconvenientes y, por esa vía, producir el pronto mejoramiento de las condiciones sociales mediante la satisfacción del mínimo vital indisponible o mínimo existencial que garantizan los derechos fundamentales de protección reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Técnicamente esta variable procesal asume las veces de un amparo colectivo de los derechos sociales.

El advenimiento del litigio de reforma estructural, como veremos, configura una importante modulación de la noción de “caso” judicial (arts. 116, CN y 2º, ley 27).

Desde la perspectiva sociológica, en cambio, el amparo como cauce procesal del litigio estructural permite introducir en la agenda pública los problemas sociales relevantes y urgentes que no tuvieron respuestas adecuadas de las autoridades públicas que despliegan las funciones legislativa y administrativa.

III.8. Tutela autosatisfactiva y amparo

Las denominadas “medidas autosatisfactivas” —erróneamente consideradas como medidas cautelares por un sector de la doctrina ad-

(53) Fallos 328:1146 (“Verbitsky”).

ministrativista— usualmente las encontramos solapadas bajo pretensiones de naturaleza cautelar. Estas medidas, si bien resultan ajenas a la ley 26.854 (ley de medidas cautelares en los casos en que el Estado es parte) no lo son al derecho público (54). Tan es así que ellas están incluidas en la reciente reforma a la LNPA. La redacción actual de los arts. 23 y 24 de la LNPA, modificada por la ley 27.742, alude a este instrumento de protección mediante el sintagma “otro proceso urgente”.

El desarrollo de nuevas técnicas de protección urgente —diferentes del amparo y las medidas cautelares, como podrían ser, v.gr., las denominadas medidas *autosatisfactivas*— responde, entre otros factores, a la necesidad de brindar *tutela oportuna* a los derechos y garantías reconocidos en el bloque de constitucionalidad (arts. 36 a 43 y 75, inc. 22, CN). Los procesos urgentes (hoy expresamente reconocidos en el derecho público a través de los artículos 23 y 24 de la LNPA, reformada por la ley 27.742) están primordialmente llamados a brindar protección adecuada, en tiempo útil, a los derechos fundamentales.

Cabe recordar que la CS, al referirse el valor de las soluciones urgentes en numerosos ámbitos del derecho, subraya que *la protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna*, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas (55).

IV. El amparo en la LNPA (reformada) y sus implicaciones procesales y materiales

IV.1. La irrupción del amparo en la LNPA reformada por la ley 27.742

La reforma introducida por la ley 27.742 a la LNPA trajo, entre otras múltiples novedades, la incorporación de la “acción de amparo” —y de “otros procesos urgentes”— al Título IV de la LNPA.

(54) CS, “Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, del 10 de septiembre de 2020; “Lee, Carlos Roberto y otro c. Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa s/ amparo —amparo colectivo—” de 19/11/2020 y 20 de mayo de 2021.

(55) Fallos 335:705 cons. 9º (“Grupo Clarín”, del 22/05/2012).

La nueva redacción de los arts. 23 y 24, en cuanto incorporan el amparo a la LNPA tiene implicaciones procesales de relevancia (56).

En efecto: la nueva redacción del art. 23 de la LNPA establece, como regla general, el agotamiento de la vía administrativa como requisito previo a la impugnación judicial de un acto administrativo definitivo (art. 23, incs. a y b). Sin embargo, el propio art. 23, inc. b, LNPA, luego de enunciar la regla, establece un nutrido catálogo de salvedades al agotamiento de la vía administrativa (57). Una de las excepciones es “la interposición de una acción de amparo u otro proceso urgente” [art. 23 inc. b, ap. (iii), LNPA, ref. ley 27.742].

En paralelo, el art. 24, inc. a, ap. (i), LNPA reformada por ley 27.742, dispone que quien pudiese verse afectado en sus derechos o intereses jurídicamente protegidos por un acto de alcance general podrá impugnarlo judicialmente cuando hubiese “formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10”. A continuación, la aludida previsión normativa dispone que estarán “dispensadas de la obligatoriedad” del reclamo impropio “*las acciones de amparo u otros procesos urgentes*” (conf. art. 24, inc. a, ap. i, LNPA).

Un miraje inicial permite comprobar que los arts. 23, inc. b, ap. iii, y 24, inc. a, ap. i, de la LNPA

(56) Los arts. 41 y 42 de ley 27.742, de 2024, sustituyeron los arts. 23 y 24 de la LNPA. Esta modificación legislativa incorporó a la “acción de amparo” como una de las excepciones al agotamiento de la vía administrativa previa.

(57) El art. 23 inc. b) prescribe: En los supuestos de los subincisos (i) y (ii) del inciso a) será requisito previo a la impugnación judicial el agotamiento de la vía administrativa salvo que: (i) La impugnación se basare exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal o superior que el acto impugnado aplica; (ii) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil; (iii) Se interpusiere una acción de amparo u otro proceso urgente; o (iv) Se tratase de actos que fueren dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme. Tales actos serán impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia. En la medida en que ellos contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, no producirán efectos jurídicos de ninguna especie.

reformada, innovan el régimen legal del amparo por cuanto:

(i) Expresamente se regulan aspectos que hacen a un proceso constitucional (amparo) en un cuerpo legal regulatorio de derecho administrativo y derecho procesal administrativo.

(ii) Se subsume el amparo dentro de los denominados “procesos urgentes”.

(iii) En congruencia con el art. 43, primer párrafo, de la CN, los arts. 23, inc. b), ap. iii y 24, inc. a), ap. i, reglamentan el carácter “expedito” de la “pretensión” de amparo.

IV.2. Los problemas procesales y materiales que produce la introducción del amparo en el Título IV de la LNPA

Los arts. 23, inciso b, ap. iii, y 24, inciso a, ap. i, de la LNPA modificada por la ley 27.742, generan interrogantes que conciernen al derecho procesal constitucional, al derecho procesal administrativo y también al derecho administrativo.

1) Los problemas procesales que acarrea la inclusión del amparo en la LNPA

La introducción del amparo en el Título IV de la LNPA plantea dos problemas centrales:

(i) El primero atañe a las consecuencias procesales y procedimentales que se derivan de la interposición de una demanda de amparo contra un acto singular o general.

(ii) El segundo, nos inquiere sobre la congruencia de los arts. 23, inc. b, ap. iii, y 24, inc. a, ap. i, de la LNPA reformada con el art. 43, de la CN.

A las cuestiones precedentes se le suman nuevos interrogantes, a saber: los arts. 23, inc. b, ap. iii) y 24 inc. a ap. (i), de la LNPA reformada, ¿derogan el art. 2º, inc. a), de la Ley *de facto* 16.986, en cuanto condiciona la admisibilidad del amparo al agotamiento previo de la vía administrativa?

¿O el requisito del previo agotamiento de la vía, establecido en el art. 2º inc. a) de la ley 16.986, se encontraba derogado hace treinta años, con la caracterización del amparo como “acción expedita” (art. 43, primer párrafo, de la CN reformada en 1994)?

¿Puede decirse entonces que los arts. 23, inciso b, ap. iii) y 24 inc. a ap. (i), de la LNPA reformada se erigen en reglamentación legislativa de uno de los principios rectores del amparo?

También nos preguntamos si los arts. 23 y 24 de la LNPA, en cuanto aluden al amparo ¿se refieren exclusivamente al amparo del art. 43 CN? ¿O, en cambio, refieren también al amparo interamericano, consagrado en el art. 25 de la CADH?

2) Los problemas materiales del amparo a partir de su inserción en la LNPA

En el plano material, las perplejidades conciernen a la incidencia y concreta proyección del amparo sobre el derecho administrativo y, en particular, sobre el régimen jurídico del acto y el procedimiento administrativo.

En tal sentido se plantean interrogantes en torno a la proyección del amparo —incorporado en los arts. 23, inc. b, ap. iii, y 24, inc. a, ap. (i), del Título IV de la LNPA reformada— sobre el régimen jurídico de las nulidades y vicios del acto administrativo.

IV.3 Proyecciones procesales y materiales de la incorporación del amparo en la LNPA

IV.3.a. El rol del amparo en el nuevo modelo de Estado

Las políticas públicas implementadas a mitad de la tercera década del siglo veintiuno (dec. 70/2023; ley 27.742, denominada Ley Bases; etc.), programan reformas sustentadas en la idea de un *Estado mínimo* o *ultramínimo*. Aquellas como este, producen mutaciones estructurales severas que se proyectan con intensidad en el régimen administrativo.

Sin dudas, el nuevo escenario de transformaciones económicas y sociales profundas, de consecuencias inciertas, desafía los compromisos jurídicos fundamentales del Estado constitucional vigente en la república: el respeto a la dignidad de la persona humana; la protección de los derechos humanos que le son inherentes; la preservación de las dimensiones formal y sustancial de la democracia; la observancia de los principios que gobiernan el estatuto del poder, separación de poderes y control recíproco, como garantía de libertad.

En ese marco, el amparo está llamado a cumplir un rol decisivo: asegurar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad y, de ese modo, garantizar la supremacía y consecuente fuerza normativa de la Constitución nacional *convencionalizada*.

IV.3.b. La introducción del amparo en los arts. 23 y 24 de la LNPA y sus implicaciones procesales

La interposición de la demanda de amparo interrumpe el curso de los plazos del procedimiento administrativo como también los plazos de caducidad y prescripción.

La primera consecuencia que irroga la introducción del amparo en la LNPA se extrae del art. 1° bis, inc. (i), de la LNPA reformada por la ley 27.742.

Este artículo establece que la interposición de recursos o acciones judiciales, aunque fueren deducidos ante tribunal incompetente, “interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción”. Dado que según lo señalan los arts. 23 y 24 LNPA el amparo queda subsumido dentro de sintagma jurídico procesal “acciones judiciales”, no cabe duda de que la interposición de la demanda de amparo produce efectos interruptivos “de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables” hasta tanto quede firme la sentencia que estime o desestime la pretensión amparista.

Los arts. 23, inc. b), y 24 inc. a) reglamentan el carácter expedito de la pretensión de amparo frente a las autoridades públicas que despliegan la función administrativa.

Los arts. 23, inc. b, ap. (iii) y 24, inc. a) ap (i) LNPA, en tanto habilitan la introducción de la pretensión de amparo sin el previo agotamiento de la vía administrativa, eliminan expresamente el valladar formal previsto en el art. 2°, inc. a), de la ley *de facto* 16.986 (58). En puridad, la decisión del legislador es una derivación secuencial necesaria del art. 43, primer párrafo, de la CN en cuanto caracteriza el amparo como vía expedita.

(58) El art. 2° de la “Ley” de Amparo establece: La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; ...”.

En efecto: el art. 43, primer párrafo, CN, al referirse al amparo como “acción expedita” consagra un *criterio rector* que impacta sobre el juicio de admisibilidad de la pretensión de amparo.

Expedito significa “sin obstáculos”, esto es, *sin impedimentos formales o materiales que puedan dificultar o limitar el acceso “directo” a la jurisdicción constitucional*. De este modo el nuevo texto legal se erige en la reglamentación legislativa del principio de accesibilidad directa e inmediata previsto en el art. 43, primer párrafo, CN.

Por cierto, aun cuando los arts. 23 y 24 reglamenten el carácter expedito del amparo a través el *acceso directo* a la jurisdicción constitucional, no podemos ignorar que el propio texto constitucional subordina la admisibilidad de la pretensión de amparo a la inexistencia de otro medio judicial más idóneo (conf. art. 43, primer párrafo, CN). Sin embargo, aun cuando a posteriori el juez o tribunal entienda que el amparo resulta inadmisibile por no haberse demostrado la ausencia de otro medio judicial más idóneo, ello no impedirá considerar que la introducción de la pretensión de amparo produce los efectos previstos en el art. 1° bis, inc. (i), de la LNPA reformada por la ley 27.742. Esto es, la interrupción del curso de los plazos del procedimiento, como también los de caducidad y prescripción.

IV.4. Amparo en la LNPA y sus implicaciones materiales

La inserción del amparo en el esquema de ordenación del derecho administrativo produce otras consecuencias que, si bien son menos visibles que las señaladas en el párrafo precedente impactan sustantivamente en el derecho administrativo.

La reforma a la LNPA introduce el amparo como variable del derecho a una tutela judicial efectiva en el derecho administrativo del Estado constitucional.

El régimen administrativo se compone de prerrogativas administrativas y garantías del particular que se desenvuelven en armónico equilibrio constitucional (59).

En ese orden, el primer efecto sustantivo que produce la nueva redacción de los arts. 23 y 24

(59) Fallos 316:2454 (“Serra”).

LNPA consiste en incorporar de manera explícita y decidida el amparo como garantía propia del derecho administrativo.

En efecto: los arts. 23 y 24 de la LNPA introducen el amparo (junto a “otros procesos urgentes” que no individualiza) en el núcleo vital del derecho de la función administrativa.

A partir de esta relevante modificación legislativa, el derecho a una tutela judicial efectiva en el régimen administrativo se abastece del proceso contencioso administrativo, de las denominadas acciones declarativas, de las medidas de protección cautelar y también del amparo.

Con la nueva redacción de los arts. 23 y 24, nuestra unidad de estudio —el amparo— pasa a ser objeto de conocimiento no solo del *derecho procesal constitucional* (o, para un sector de la doctrina, derecho constitucional procesal) y también del *derecho administrativo*.

En definitiva, la redacción actual de los arts. 23 y 24, LNPA, permite inferir que *el amparo se integra al régimen administrativo como una de las variables de la tutela judicial efectiva en el derecho administrativo*.

Sin abandonar el derecho procesal constitucional, el *amparo administrativo* (esto es, el amparo frente a los órganos, entes o personas jurídicas que desarrollan la función administrativa) se erige en garantía consustancial al derecho administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho.

La incorporación del amparo en la LNPA explicita un principio general de derecho que se proyecta directamente sobre el procedimiento administrativo.

La introducción del amparo en el Título IV de la LNPA es la manifestación positiva de un principio jurídico en virtud del cual *toda interferencia injustificada de los poderes públicos sobre la sustancia o contenido esencial de un derecho fundamental de la persona humana debe cesar inmediatamente*.

Naturalmente, este principio no solo opera en el ámbito judicial.

También es predicable en el ámbito del procedimiento administrativo. En puridad, este princi-

pio está ínsito en el principio de buena administración (art. 1° bis, inc. 1°, LNPA).

De este modo, una formulación más precisa del susodicho principio —del cual el amparo es una de sus manifestaciones jurídicas más logradas— permite sostener que toda persona tiene el derecho a exigir *directamente* (60) a las autoridades públicas competentes que cesen —o hagan cesar— de manera inmediata cualquier interferencia injustificada sobre los derechos fundamentales. Por cierto, este principio adquiere mayor gravitación cuando la actuación estatal desnaturaliza o suprime el contenido esencial de un derecho o garantía fundamental.

Ciertamente, este principio, ínsito en el *derecho a la buena administración*, se inserta en la garantía a la *tutela administrativa efectiva* —hoy expresamente reconocida como principio fundamental del procedimiento administrativo, según el art. 1° bis a, LNPA reformada—. Tal inserción da como resultado el reconocimiento de *tres variables* de la tutela administrativa efectiva que, si bien no se encuentran previstas expresamente en la legislación, están ínsitas en la antedicha garantía. Ellas son: (i) el derecho a un procedimiento administrativo constitucional y convencional; (ii) el derecho a un procedimiento administrativo urgente y (iii) el derecho a un procedimiento administrativo colectivo.

IV.4.a. Proyecciones del amparo sobre el sistema de invalidez del acto administrativo. La sustantividad de los vicios constitucionales y convencionales

Con la introducción del amparo en la LNPA el legislador nacional otorgó carta de naturaleza a una nueva categoría de defectos o irregularidades del acto administrativo: los vicios constitucionales y convencionales.

En efecto: la incorporación del amparo en la LNPA refleja que mientras algunos actos administrativos *irregulares* (arts. 14 y 17 LNPA) exhibirán las clásicas transgresiones administrativas, otros, en cambio, podrán padecer vicios constitucionales o convencionales. Un nutrido elenco de actos irregulares afectados por vicios consti-

(60) Esto es, sin obstáculos que condicionen su tratamiento y efectividad. Concretamente; la locución directamente que empleamos en el texto quiere significar sin valladares formales que lo obstaculicen o impidan decidir el fondo de la cuestión.

tucionales y convencionales son susceptibles de ser impugnados y anulados judicialmente en el proceso constitucional de amparo.

Concretamente: la incorporación del amparo a LNPA permite reconocer que, juntamente con los tradicionales vicios administrativos, existen actos administrativos afectados por transgresiones directas a la *Constitución Nacional convencionalizada*.

Como se verá, los actos administrativos irregulares afectados por vicios constitucionales (y convencionales) presentan características propias, singulares, que los diferencian de los actos administrativos irregulares portadores de vicios puramente administrativos.

Los vicios constitucionales pueden ser de tres tipos: (i) infracción estructural genética u originaria *formal* directa de la Constitución convencionalizada; (ii) infracción estructural genética u originaria *material* directa de la Constitución convencionalizada y, finalmente, (iii) infracción estructural genética u originaria *formal-material* directa de la Constitución convencionalizada (61).

V. Conclusiones

1. Los arts. 23, inc. b), ap. iii, y 24, inc. a), ap. i, de la LNPA reformada por la ley 27.742, *innovan el régimen legal del amparo* por cuanto:

- Regulan expresamente aspectos que hacen a la admisibilidad de la pretensión de amparo en un cuerpo legal de derecho administrativo.

- En congruencia con el art. 43, primer párrafo, de la CN, los arts. 23, inc. b), ap. (iii) y 24, inc. a), ap. (i), LNPA reformada, subsumen el amparo dentro del catálogo de los “procesos urgentes”.

- Reglamentan el carácter “expedito” de la “pretensión” de amparo.

2. La interposición de la demanda de amparo interrumpe el curso de “todos” los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción (conf. art. 1º bis, inc. i), LNPA reformada).

3. Los arts. 23, inc. b), y 24 inc. a), LNPA reformada, reglamentan el carácter “expedito” de la pretensión de amparo frente a las autoridades públicas que despliegan la función administrativa.

4. La redacción actual de los arts. 23 y 24, LNPA, permite inferir que el amparo se integra al régimen administrativo como una de las variables de la tutela judicial efectiva en el derecho administrativo.

5. La introducción del amparo en el Título IV de la LNPA es la manifestación positiva de un principio jurídico en virtud del cual toda interferencia injustificada de los poderes públicos sobre la sustancia o contenido esencial de un derecho fundamental de la persona humana debe cesar o ser removida *inmediatamente*.

6. La inserción del amparo en la LNPA otorgó carta de naturaleza a una nueva categoría de defectos o irregularidades del acto administrativo: *los vicios constitucionales y convencionales*.

(61) Para ampliar: SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., “Amparo y Administración”, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2025, segunda edición actualizada y ampliada, Capítulo VII.

El control judicial sobre el DNU 70/2023

José Ignacio López (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El decreto de necesidad y urgencia 70/2023.— III. Modalidades de la judicialización.— IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre decretos de necesidad y urgencia.— V. Los pronunciamientos judiciales de fondo sobre el DNU 70/2023.— VI. Las causas pendientes de definición en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

En línea con el eje temático que atraviesa este lanzamiento me propongo examinar aspectos referidos al control judicial sobre el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023.

La elección se basa en un doble orden de razones.

Por un lado, las inmensas modificaciones jurídicas —que impactan sobre extendidos sectores sociales y que contiene diversas previsiones en materia de desregulación y algunas atinentes a privatizaciones, temas que animan este suplemento— provocaron un enérgico debate y motivaron la promoción de múltiples planteos judiciales en los tribunales a lo largo del país. De otro, en homenaje al profesor Agustín Gordillo, que dedicó parte central de su obra a la importancia del control judicial sobre la Administración pública.

La propuesta de este texto (1), entonces, abordará las modalidades que exhibió la litigiosidad

y se enfocará en los casos judiciales donde se escrutó la validez de esta norma de excepción de cara a la Constitución Nacional (2).

II. El decreto de necesidad y urgencia 70/2023

La promulgación del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 (DNU 70/2023) por el presidente Javier Milei el 20 de diciembre de 2023, titulado “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina” (3), no solo marcó un hito en la historia política y económica del país, sino que también desencadenó significativas batallas judiciales.

Este megadecreto, que modificó o derogó más de 60 leyes en materia económica, laboral, de salud, administrativa y de seguridad social, fue recibido con una inmediata reacción desde diversos sectores de la sociedad civil y la política, algunos en términos celebratorios y otros con duras críticas.

Para estos últimos, el corazón del conflicto reside en la aparente vulneración de los principios constitucionales básicos que rigen el Estado de derecho argentino, particularmente el de división de poderes y los requisitos formales exigi-

(*) Abogado y especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Miembro del Observatorio de Legislación y Jurisprudencia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Docente de Derecho Administrativo II en la referida unidad académica y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Director del portal jurídico “Palabras del Derecho”.

(1) Agradezco a Pablo Gutiérrez Colantuono por la invitación a ser parte de este volumen y por los intercambios académicos que son parte constitutiva de esta producción.

(2) Un estudio pormenorizado de asuntos sobre el referido decreto lo hemos hecho en el texto titulado “Un año del DNU 70/2023 y su paso por los tribunales”, publicado el 18/12/2024 por el Observatorio de Legislación y Jurisprudencia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata cuyo acceso libre se puede realizar desde la web en legislacionyjurisprudencia.ar.

(3) Publicado en el BO el 21/12/2023.

dos en la Constitución Nacional para la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia.

La vigencia general de la norma, al tiempo de la escritura de estas líneas, ya ha superado el año y medio.

En lo que sigue nos proponemos reflexionar sobre los casos de impugnaciones al decreto que recibió el Poder Judicial y en los que emitió algún pronunciamiento de mérito —al menos en aspectos procesales— pero centrado en las sentencias que consideraron la sustancia del asunto, es decir, la compatibilidad o no del referido DNU con el marco constitucional y convencional que rige en la República Argentina.

III. Modalidades de la judicialización

III.1. La inadmisibilidad de un proceso colectivo general

En el Fuero Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires se registró, a pocos días de la vigencia del decreto, la promoción de un planteo del “Observatorio del Derecho a la Ciudad”, en conjunto con los dirigentes Claudio Lozano y Hugo Godoy que atacó la norma en sentido general.

Ante ello, en diciembre de 2023, el juez Furnari dispuso que debía tramitar como proceso colectivo (4) con una gran extensión que operaba como fuero de atracción de todas las otras causas que se plantearan contra el DNU y su ley regulatoria 26.122 a lo largo del país.

Sin embargo, entrada la feria de enero de aquel año, la causa quedó a cargo del juez Enrique Lavié Pico quien consideró que era formalmente inadmisibile tramitar un proceso colectivo de ese alcance (5). Dijo que “no se encuentra definido de manera clara el colectivo involucrado, debido a la generalidad de la representación invocada por la Asociación actora y al carácter difuso de la presentación efectuada en la presente causa”. Asimismo, agregó que “tampoco se encuentra debidamente delimitado que el decreto atacado produzca un perjuicio por igual a todos

(4) Juz. Fed. Cont. Adm. N° 2, “Observatorio del Derecho a la Ciudad”, Expte. CAF 48013/2023, resolución del 22/12/2023.

(5) Juz. Fed. Cont. Adm. de Feria, “Observatorio del Derecho a la Ciudad”, cit., resolución del 04/01/2024.

los sujetos que se pretende representar, lo cual descarta la configuración de los recaudos necesarios para la procedencia formal de la acción colectiva intentada” (6).

Luego de ello, esta causa comenzó a tramitar en paralelo con otra que planteó Jorge Rizzo, ex presidente del Colegio de Abogados de la Capital Federal, con su asociación “Gente de Derecho” que también impugnó el DNU.

En ambas causas “Observatorio” y “Rizzo” —el mismo día— el juez Lavié Pico rechazó los planteos por falta de “caso judicial” (7) y, luego de ser apelados, la Sala de FERIA de la Cámara Contencioso Administrativo Federal —con voto de los jueces Fernández y Grecco— confirmó las decisiones (8) por el mismo fundamento.

También el referido juez, en primera instancia, rechazó tramitar como proceso colectivo la demanda promovida por el CELS y rechazó suspender el decreto (9). Por otro lado, en la causa “Gil Domínguez”, rechazó la medida cautelar solicitada (10). Consideró que no se verifican los requisitos para otorgarla y que el pedido coincidía con el objeto principal del litigio.

III.2. La fragmentación de acciones

La decisión de desdoblar el proceso colectivo produjo, consecuentemente, la habilitación del trámite individual de cientos de causas. Allí, entonces, la cuestión comenzó a ser a qué tribunales les correspondía resolver en cada asunto.

(6) Considerando V de la decisión citada supra.

(7) Juz. Fed. Cont. Adm. de Feria, “Observatorio del Derecho a la Ciudad”, cit. y “Rizzo, Jorge”, Expte. CAF 48194/2023, resoluciones del 23/01/2024.

(8) CNCont. Adm. Fed., Sala de FERIA, “Observatorio del Derecho a la Ciudad” y “Rizzo”, causas citadas supra, resoluciones del 30/01/2024.

(9) Juz. Fed. Cont. Adm. Fed., Sala de FERIA, “CELS”, Expte. CAF 48366/2023, resolución del 18/01/2024. La Cámara, por resolución 21/03/24, reafirmó que la entidad no tiene legitimación colectiva y ordenó tramitar el caso como individual. Dicha decisión fue cuestionada —por vía del recurso de queja— ante la Corte Suprema.

(10) Juz. Fed. Cont. Adm., Sala de FERIA, “Gil Domínguez”, Expte. CAF 48057/2023, resolución del 26/01/2024.

Fue así como, luego de diversos avatares procesales, la Cámara Contencioso Administrativo Federal **(11)** tuvo que resolver esa incógnita.

De tal modo, resolvió —de acuerdo con la temática implicada— en el siguiente sentido: las cuestiones de alquileres **(12)** y asociaciones deportivas **(13)** a la Justicia Nacional Civil; lo referido al turismo **(14)** a la Justicia Nacional en lo Comercial, asuntos previsionales a la Justicia Federal de la Seguridad Social **(15)** y los temas de salud/prepagas **(16)** a la Justicia Civil y Comercial Federal.

Además, en primera instancia, el juez Lavié Pico resolvió que el planteo en torno a normas aeronáuticas **(17)** se gire a la Justicia Civil y Comercial Federal.

Distinto de las cuestiones alusivas a la privatización de medios públicos **(18)**, farmacias **(19)**, despachantes de aduana **(20)** y de ferrocarriles

(21) que el Fuero Contencioso asumió la competencia para tratarlos.

Todo ello, desde luego, en el terreno de los planteos en la Capital Federal. En la Justicia Federal con asiento en las provincias, por su parte, se registraron demandas por diversos temas regulados por el Mega DNU. La descripción arroja que la derogación de la Ley de Tierras fue cuestionada ante el Juzgado Federal de Neuquén (Asociación Árbol de Pie) y ante el Juzgado Federal de la capital bonaerense por los ex veteranos de Malvinas (CECIM La Plata). La desregulación fue impugnada por el Centro de Comerciantes de Olavarría en el Juzgado Federal de Azul y el Centro de Empleados de Comercio de Río Grande ante el juzgado de esa ciudad fueguina, los cambios que afectan a las relaciones de consumidores y usuarios fueron objetados por la Asociación Civil Defendete en Mar del Plata, lo referido a las locaciones en San Juan (Asociación de Inquilinos de San Juan), los recortes sindicales y laborales por la Central de Trabajadores Argentinos Autónoma en La Plata (causa que terminó remitida al fuero laboral) y las cuestiones de prepagas en forma extendida en diversos tribunales federales del país.

Además, el Municipio de La Rioja, a su vez y a través del fiscal de esa comuna, acudió ante el Juzgado Federal de esa ciudad con un amparo contra el decreto; la Asociación de Trabajadores de la Educación del Neuquén inició una acción similar en el Juzgado Federal N° 1 de esa capital patagónica (que había sido remitida al ex proceso colectivo); la Defensoría del Pueblo bonaerense acudió, también, a los tribunales federales de La Plata para cuestionar el DNU [y tuvo trámite como rechazo en primera instancia **(22)**].

También se plantearon demandas particulares de ciudadanos que cuestionaron la totalidad del DNU a lo largo de los tribunales federales con asiento en las provincias **(23)**.

(11) En virtud de la disposición del art. 20 de la ley 26.854 que le asigna a ese Tribunal la resolución de los conflictos de competencia.

(12) CNCont. Adm. Fed., Sala de FERIA, “Asociación Civil por un Hogar en Argentina”, Expte. CAF 48192/2023, resolución del 25/01/2024.

(13) CNCont. Adm. Fed., Sala de FERIA, “Confederación Argentina de Deportes”, Expte. CAF 48416/2023, resolución del 25/01/2024.

(14) CNCont. Adm. Fed., Sala de FERIA, “Federación Argentina de Asociaciones de Empresas de Viajes de Turismo”, Expte. CAF 7/2024, resolución del 30/01/2024.

(15) CNCont. Adm. Fed., Sala V, “Mesa Coordinadora Nacional de Asociación de Jubilados”, Expte CAF 1553/2024, resolución del 5/09/2024.

(16) CNCont. Adm. Fed., Sala de FERIA, “Sambro Merlo”, Expte. CAF 48272/2023, resolución del 25/01/2024.

(17) Juz. Fed. Cont. Adm., Sala de FERIA, “Asociación Argentina de Aeronavegantes”, Expte. CAF 40/2024, resolución del 29/01/2024.

(18) Juz. Fed. Cont. Adm., Sala de FERIA, “Federación Argentina de Trabajadores de Prensa”, Expte. CAF 14/2024, resolución del 17/01/2024.

(19) Juz. Fed. Cont. Adm., Sala de FERIA, “Confederación Farmacéutica Argentina”, Expte. CAF 4466/2023, resolución del 17/01/2024.

(20) Juz. Fed. Cont. Adm., Sala de FERIA, “Asociación de Empleados de Despachantes de Aduanas”, Expte. CAF 38/2024, resolución del 26/01/2024.

(21) Juz. Fed. Cont. Adm., Sala de FERIA, “Sindicato La Fraternidad”, Expte. CAF 21/2024, providencia del 17/01/2024.

(22) Juz. Fed., La Plata N° 2 (de FERIA), “Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires”, Expte. FLP 47330/2023, resolución del 23/01/2024.

(23) Un detalle de estos procesos lo realizamos en el trabajo “Un año del DNU 70/2023 y su paso por los tribunales”, cit., individualizado para su consulta en la nota 2 de este trabajo.

III.3. Procesos colectivos temáticos o sectoriales

A partir de la fragmentación de las acciones a las que se aludió anteriormente y de la negativa de asumir un proceso colectivo contra la totalidad, cabe decir, que sí se admitió otro tipo de causas que reúnen a diversas clases de litigantes y contra determinados e individualizados aspectos del DNU 70/2023.

En el siguiente cuadro exhibimos los procesos que se encuentran inscriptos como colectivos. Lo que se quiere mostrar es que, en tales casos, el objeto se circunscribió a un tema, aspecto o previsión de la norma y ya no, como había sido en el primer caso “Observatorio”, a una impugnación general de todo el DNU.

Temática	Causa	Fuero
Prepagas. Derecho a la salud y la intervención de un organismo especializado en la determinación del precio.	“Wilson Eduardo” (24) .	Justicia Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires.
Derogación de la Ley de Tierras (art. 154). Soberanía nacional como bien jurídico colectivo.	“CECIM La Plata” (25) .	Justicia Federal de La Plata.
Prepagas. Aumentos realizados por la Sociedad Italiana de Beneficencia a sus afiliados.	“Brauchli, María Cristina” (26) .	Justicia Federal de San Martín.
Prepagas. Aumentos realizados por OSDE a sus afiliados y planteo de inconstitucionalidad de los arts. 267 y 269.	“Morsenti, Fernando Ismael” (27) .	Justicia Federal de Paraná.
Normas de derecho del trabajo (Capítulo Laboral).	“Confederación General del Trabajo” (28) .	Justicia Nacional del Trabajo.
Desregulación de la actividad farmacéutica.	“Confederación Farmacéutica Argentina” (29) . “Colegio de Farmacéuticos de Mendoza” (30) .	Justicia Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires y Justicia Federal de Mendoza.
Desregulación de la actividad aerocomercial.	“Asociación Argentina de Aeronavegantes” (31) .	Justicia Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires.

(24) Causa CCF 19506/2023.
(25) Causa FLP 47574/2023.
(26) Causa FSM 94/2024.
(27) Causa FPA 1461/2024.
(28) Causa CNT 56862/2023.
(29) Causa CAF 48466/2023.
(30) Causa FMZ 360/2024.
(31) Causa CCF 40/2024.

IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre decretos de necesidad y urgencia

Los requisitos para la emisión de tales decretos y la validez constitucional, en distintos casos en los que el Poder Ejecutivo actuó invocando dichas normas, ha sido motivo de una extensa jurisprudencia de la Corte Suprema, tanto antes como después de la reforma constitucional de 1994 que introdujo expresamente esta clase de decretos en la competencia del Poder Ejecutivo.

En “Fallos” 313:1513, *in re* “Peralta” la Corte examinó la figura desde los orígenes de nuestra organización constitucional. Tras la enmienda de 1994 y frente a un nuevo texto, la Corte se pronunció en distintas ocasiones. A los efectos de esta causa, el Tribunal guiará su análisis bajo las pautas establecidas en los más recientes precedentes, esto es, los de “Fallos” 338:1048 “Asociación Argentina de Compañías de Seguros”, 333:633 “Consumidores Argentinos” y 344:2690 “Pino Seberino”.

En sustancial síntesis la Corte sostiene que:

a) La admisión de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país.

b) Así, para el ejercicio de esta facultad de excepción, el constituyente exige —además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo— que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia. Con relación a esto último, es atribución de la Corte evaluar, en cada caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos. En este aspecto, no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3°, del texto constitucional, estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en

cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima.

c) Cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer una norma excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

d) El Poder Ejecutivo para “paliar una supuesta situación excepcional” no debe efectuar reformas que “revisten carácter permanente modificatorias de leyes del Congreso Nacional”. O, dicho con otro giro, evitar cambios que, en vez de constituir “una decisión de tipo coyuntural” para mitigar una circunstancia concreta en un sector, sistema o régimen, “traducen la voluntad de modificarlo de manera permanente sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé para la sanción de las leyes”.

e) Para que el presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

El repaso de esta jurisprudencia —actualmente vigente— es imprescindible para avanzar al siguiente punto en donde veremos los casos donde se puso en juego el referido estándar.

V. Los pronunciamientos judiciales de fondo sobre el DNU 70/2023

Tres han sido los aspectos sobre los que se analizó el fondo del asunto sobre la validez del decreto y, en ellos, se concluyó por la negativa. Se

trata de los casos en torno a las modificaciones laborales **(32)**; la derogación de la Ley de Tierras **(33)** y la desregulación en materia de prepagas **(34)**.

V.1. La modificación de las normas laborales

En el Fuero Nacional del Trabajo se registraron números casos contra las modificaciones laborales que introdujo el DNU 70/2023. De todos aquellos, el que tomó mayor notoriedad fue el de la Confederación General del Trabajo.

Preliminarmente cabe recordar que existió un conflicto sobre qué tribunales debían tratar el expediente y, finalmente, se definió por la competencia laboral **(35)**.

En dicho expediente “CGT”, que había obtenido medida cautelar **(36)** suspensiva del tramo laboral del DNU **(37)**, luego obtuvo sentencia definitiva **(38)** de la Cámara de Apelaciones que declaró “la invalidez constitucional” del Título IV del decreto.

La decisión, adoptada por los jueces Manuel Diez Selva, Héctor Guisado y Mario Fera, indicó

(32) CNTrab., “CGT”, “CTRA” y “Asociación del Personal Aeronáutico”, cit.

(33) CFed., La Plata, Sala III, “CECIM La Plata”, cit.

(34) CFed., Paraná, “Morsentti”, cit y CFed. Civ. y Com., Sala II, “Cainelli”, Expte. 4145/2024, resolución del 20/05/2025.

(35) CNCont. Adm. Fed., Sala de Fera, “EN-Jefatura de Gabinete de Ministros”, Expte. CAF 48.422/2023, resolución del 23/01/2024.

(36) CNTrab., Sala de Fera, “Confederación General del Trabajo”, Expte. CNT 56862/2023/1, resolución del 03/01/2024.

(37) Otros casos también obtuvieron decisiones cautelares confirmadas por la Cámara de Apelaciones como el caso de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA), actualmente recurrido a la Corte por el Poder Ejecutivo, y la Federación Única de Viajantes de Comercio de Argentina. Otras cautelares también se decretaron en primera instancia como las de la Asociación Bancaria, la Asociación del Personal Aeronáutico y el Centro de Capitanes de Ultramar y Oficiales de la Marina Mercante. También la tutela provisional de la Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas que suspendió las restricciones en las medidas de huelga de los aeronáuticos.

(38) CNTrab., Sala de Fera, “Confederación General del Trabajo”, cit., resolución del 30/01/2023.

que la fundamentación del DNU 70/2023 no daba cuenta de las circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia para suplir la actividad legislativa del Congreso de la Nación.

La Cámara del Trabajo se pronunció, a su vez, en idéntico sentido en la causa de la Asociación del Personal Aeronáutico **(39)**.

También obtuvo decisión de fondo la causa iniciada por la Confederación de Trabajadores de la Educación Pública de la República Argentina (CTERA) **(40)**. Allí se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 86, 87, 88 y 97 del DNU en torno a la limitación de la protesta y la declaración de la educación como actividad esencial. Decisión que, luego, fue confirmada por la Cámara del Trabajo **(41)**.

V.2. La derogación de la Ley de Tierras

El Centro de Excombatientes Islas Malvinas La Plata (CECIM) impugnó el artículo 154 del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 en cuanto derogó la Ley 26.737 de Tierras.

La causa fue inscripta como proceso colectivo por el juez federal en turno en la feria de enero del 2024 y otorgó una medida cautelar suspensiva de la referida cláusula.

Posteriormente, dicha decisión quedó sin efecto cuando se retomó la actividad judicial en febrero y el juez Alberto Recondo, titular del Juzgado Federal N° 4 de La Plata, rechazó la acción judicial [53].

La decisión, luego, llegó a la Sala III de Cámara Federal de esa ciudad que —con voto de los jueces Carlos A. Valleffín y Roberto Lemos Arias— decidió revocar esa sentencia de grado, declaró la inconstitucionalidad del DNU 70/2023 en torno a la derogación de la Ley de Tierras y ordenó reinscribir el proceso colectivo [54].

Ese tribunal platense de alzada sostuvo, para decidir de ese modo, que el Centro Excombatientes Islas Malvinas La Plata (CECIM) se encontraba legitimado para demandar en los tribunales

(39) CNTrab., Sala III, “Asociación del Personal Aeronáutico”, Expte. CNT 44/2024, resolución del 17/04/2024.

(40) Juz. Nacional del Trabajo N° 8, “CTERA”, Expte. CNT 390/2024, resolución del 6/03/2024.

(41) CNTrab., Sala IV, cit., resolución del 26/08/2024.

en defensa de la soberanía nacional como bien jurídico colectivo y cuestionar un decreto que denunciaron como lesivo de aquella. A su vez, juzgó que el Poder Ejecutivo no estuvo habilitado para derogar la Ley de Tierras de la forma en que lo hizo, al no acreditarse circunstancias que justifiquen el dictado de un DNU de esa naturaleza.

El Estado Nacional presentó recurso extraordinario que fue concedido [55] y el caso llegó a la Corte Suprema. No obstante, el tramo del DNU que derogó la referida ley sigue suspendido porque la cámara de apelaciones confirmó la cautelar sobre el punto [56] y extendió sus efectos hasta el pronunciamiento del máximo tribunal que resuelva con carácter firme el asunto.

V.3. La desregulación de la medicina prepaga

Cuatro Cámaras Federales, al menos, se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad de los artículos del decreto que modificaron el régimen de la medicina prepaga y su mecanismo de control.

Se registró un proceso colectivo de usuarios de la empresa OSDE contra los aumentos operados a partir de la vigencia del DNU 70/2023 y el que se requirió la declaración de inconstitucionalidad de los artículos que desregularon los controles de la actividad.

La Cámara Federal de Paraná, con el voto de los jueces Mateo José Busaniche, Cintia Graciela Gómez y Beatriz Estela Aranguren, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 267 y 269 del decreto (42), dejaron sin efecto los aumentos operados y ordenaron a la Superintendencia de Seguros de Salud que vuelva a intervenir previamente a los fines de autorizar las subas en las cuotas de la medicina prepaga (43).

El tribunal sostuvo que el dec. 70/2023 estableció “un plan de desregulación de amplísimo alcance” —cuyo acierto o error es ajeno a la autoridad de los magistrados— pero que esa norma sometida al control de constitucionalidad permite verificar que el Poder Ejecutivo se arrogó facul-

tades legislativas sin que existan las circunstancias excepcionales que la Constitución establece para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

Agregó que “en el presente caso no se verifican circunstancias excepcionales ni situaciones de necesidad y urgencia que hayan impedido el trámite constitucional de sanción de las leyes, para modificar por vía de decreto de necesidad y urgencia las atribuciones que el legislador había encomendado a la Autoridad de Aplicación. Nótese que el Congreso de la Nación se encontraba normalmente funcionando y que no se han dado cabales argumentos que den cuenta de la existencia de prisa para la implementación de las medidas adoptadas”.

Dijo, en tal sentido, que los argumentos plasmados en el decreto que fundaron el cambio “...para aumentar la competitividad del sistema, se deben liberar las restricciones de precios al sistema de medicina prepaga” son insuficientes para habilitar a proceder de tal modo por la vía del DNU.

Con esa base, los camaristas concluyeron que “para la implementación de las medidas aquí analizadas debió ponerse en marcha el procedimiento ordinario que la Constitución establece para la sanción de una ley” y que, al no haberse procedido de ese modo, “correspondía la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 267 y 269 del dec. 70/2023 en cuanto derogan los arts. 5° inc. g. y 17 de la ley 26.682”.

Asimismo, ordenó a “la Autoridad de Aplicación reasumir su tarea de autorizar en los términos de la ley 26.682, revisar los valores de las cuotas y sus modificaciones que propusieren los sujetos comprendidos en su artículo 1°; fiscalizar y garantizar la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales y autorizar el aumento de las cuotas cuando esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos”.

La Sala II de la Cámara Federal de La Plata, con voto de los jueces César Álvarez y Jorge Di Lorenzo, también admitió una acción de amparo de un afiliado y declaró la inconstitucionalidad de estos aspectos del DNU (44).

(42) Las cláusulas invalidadas habían derogado los arts. 5° inc. g) y 17 de la ley 26.682 (Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga) y la autoridad de la Secretaría de Seguros de Salud de fijar las cuotas de las empresas.

(43) CFed., Paraná, “Morsentti”, cit., resolución del 16/08/2024.

(44) CFed., La Plata, Sala II, Expte. FLP 3112/2024, “Decara, Guillermo Antonio”, resolución del 7/03/2025.

Dijo ese tribunal que “la supresión de las potestades asignadas por medio de la ley 26.682 a la Autoridad de Aplicación establecida por aquella, en modo alguno puede ser ejercitada a través de un decreto presidencial”. Y, agregó, “el avance sobre el ámbito competencial propio del Congreso exige un fundamento serio y verificable. La necesidad y la urgencia no pueden estar dadas por evitar el debate, ni por sortear la oposición de las cámaras legislativas ni por la necesidad de dar golpes de efecto”, afirmó.

La Cámara Federal de Mar del Plata, en el mismo sentido y con voto de los jueces Eduardo Pablo Jiménez y Alejandro Osvaldo Tazza, declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada (45).

Sostuvo que no se verifican las circunstancias excepcionales que habilitarían al Poder Ejecutivo a dictar un decreto de necesidad y urgencia; “(...) la simple invocación de una situación genérica de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo, por más crítica que sea, no basta para demostrar la necesidad de implementar dichas medidas sin seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes. Es que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inc. 3° del art. 99, no es la urgencia del Poder Ejecutivo en imponer su agenda (...)”.

Con esas razones, el tribunal ordenó a la pre-paga demandada que deje sin efecto los aumentos de las cuotas de los planes fijados a partir del mes de enero de 2024 y que, hasta tanto la autoridad de aplicación retome sus facultades, reade-cue el valor de las cuotas liquidadas, “sin que los aumentos superen el índice de precios al consumidor (IPC), elaborado por el INDEC”.

La Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, con voto de los jueces Florencia Nallar y Eduardo Daniel Gottardi, admitió el amparo de una mujer afiliada a la empresa OMINT y también declaró inconstitucional los arts. 267 y 269 del decreto (46).

La Cámara sostuvo que el caso gira en torno al derecho a la protección de los intereses económicos como consumidora de la accionante y a la

tutela de su derecho a la salud. En esa línea, afirmó que consideraciones brindadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en lo referente a su facultad para emitir el referido DNU, no permiten tener por verificadas las circunstancias excepcionales que hacían imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes.

V.4. Aspectos comunes en los fundamentos que invalidaron el DNU

Estos casos reseñados, aunque sobre materias distintas, comparten una base argumental común que se repitió en la mayoría de las impugnaciones al DNU 70/2023:

1. Test de excepcionalidad incumplido: todos los tribunales aplicaron la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y concluyeron que el Poder Ejecutivo Nacional no acreditó la existencia de circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia que hicieran imposible seguir el trámite legislativo ordinario. El contexto económico general y la “conveniencia” política no constituyen razones suficientes.

2. Congreso se encontraba en funcionamiento: se destacó reiteradamente que el Congreso estaba convocado y podía sesionar, lo que desvirtuaba por completo el supuesto de “imposibilidad” que exige la Constitución.

3. Vulneración de derechos fundamentales y colectivos: los decretos no pueden ser utilizados para restringir o modificar derechos humanos fundamentales (salud, derechos laborales esenciales) o derechos de incidencia colectiva, que requieren de un amplio debate parlamentario y están protegidos por tratados internacionales y el art. 42 CN en el caso de los consumidores.

4. Defensa de la división de poderes: la esencia de todos los fallos es la defensa del principio republicano de división de poderes. Los jueces consideraron que el acto del Ejecutivo constituyó una invasión de las facultades exclusivas del Legislativo, especialmente cuando se trata de reformas estructurales y permanentes.

La exhibición de estos fundamentos comunes demuestra que distintos tribunales —y ante asuntos de diversa naturaleza— en cuanto abordaron el fondo coincidieron en las objeciones constitucionales que cabe formularle al DNU 70/2023.

(45) CFed., Mar del Plata, Expte. FMP 1906/2024, “Acosta, Bárbara Micaela”, resolución del 16/05/2025.

(46) CFed., Civil y Comercial, Sala II, “Cainelli, Elsa”, Expte. CCF 4145/2024, resolución del 20/05/2025.

VI. Las causas pendientes de definición en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El Máximo Tribunal rechazó los casos de “La Rioja” (47), “Rizzo” (48) y “Gil Domínguez” (49) por considerar que no se acreditaron los requisitos del artículo 116 de la Constitución Nacional, es decir, que el planteo haya sido formulado por un afectado (legitimado) en el marco de una controversia concreta (caso judicial).

Existen, no obstante, otros asuntos en los estrados de la Corte que aún no han tenido un pronunciamiento respectivo. Se trata de los recursos en torno a la decisión cautelar y definitiva de la causa de Confederación General del Trabajo (CGT) que suspendió e invalidó, respectivamente, el Título IV del Mega DNU referido a los cambios laborales y sindicales. Por la misma temática, con sentencia definitiva estimatoria, los expedientes de la Confederación de Trabajadores de la Educación (CTERA) y de la Asociación del Personal Aeronáutico. Como también las cautelares que favorecen a la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) y la Federación Única de Viajantes de Comercio de Argentina. Así como un planteo de competencia del Estado Nacional (que brega por los tribunales contencioso-administrativos y no los laborales) en la causa del Centro de Capitanes de Ultramar y Oficiales de la Marina Mercante.

También llegó a la Corte Suprema, por recurso del Estado Nacional, la sentencia de la Cámara Federal de La Plata que declaró inconstitucional la derogación de la Ley de Tierras a pedido de una asociación de ex combatientes de Malvinas.

En la lista de asuntos figura, además, la definición de qué tribunales deben tratar el caso “Wilson” (50), un proceso colectivo contra la desregulación de la medicina prepaga.

El CELS, por su parte, concurrió por queja debido a la denegatoria (51) de su recurso contra la

decisión de la Cámara Contencioso Administrativo Federal que le negó legitimación colectiva para cuestionar al decreto y ordenó que esa causa tramite en forma individual. En este expediente, a su vez, llega cuestionado el rechazo de un pedido cautelar que suspenda la referida norma.

El debate por las sociedades anónimas deportivas (SAD) también está en el máximo tribunal con el recurso de queja del Ministerio del Interior (Secretaría de Turismo, Ambiente y Deportes) contra la cautelar que las suspendió a pedido de la Liga de Fútbol de Salto.

Las modificaciones en la actividad farmacéutica también arribaron al cuarto piso de la calle Talcahuano. Se trata de la resolución cautelar en la causa del Sindicato Argentino de Farmacéuticos y Bioquímicos en donde la Cámara del Trabajo suspendió los artículos del DNU que habilitaban la venta de medicamentos en comercios, a que los médicos recomienden marcas y a que un mismo farmacéutico dirija más de una farmacia.

A su vez, el expediente iniciado por la provincia de Misiones ante el Juzgado Federal de Posadas contra los cambios introducidos en el Instituto Nacional de la Yerba Mate (INYM). En ese caso, el juez federal de feria Gallandat Luzuriaga se declaró incompetente y consideró que el caso era de la competencia originaria del máximo tribunal (52). La provincia apeló y la Cámara Federal de Posadas remitió la causa a la Corte Suprema.

La misma provincia, a su vez, concurrió con una acción declarativa ante los estrados del máximo tribunal. En dicha presentación objetó, además de los cambios en el INYM, la derogación de la ley 27.114 (régimen de envasado en origen), del dec.-ley 15.349 (sociedades de economía mixta), la ley 20.705 (sociedades del Estado) y los cambios en la ley 19.550 (régimen de socie-

(47) CS, Expte. CSJ 2847/2023, resolución del 16/04/2024.

(48) CS, Expte. CAF 48194/2023/1/RH1, resolución del 16/04/2024.

(49) CS, Expte. CAF 1794/2024/1/RS1, resolución del 23/04/2024.

(50) Procedente de la Justicia Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires, cit.

(51) CNCont. Adm. Fed., Sala III, cit., resolución del 30/04/2024.

(52) JF Posadas, “Provincia de Misiones”, Expte. FPO 91921/2023, resolución del 08/01/2023. Vinculado con la temática, cabe destacar que un juzgado local de esa provincia decretó una cautelar que suspendió las modificaciones dispuestas sobre el Instituto Nacional de la Yerba Mate. Véase Juzg. Civil y Comercial N° 8 de Posadas, “Gertel”, Expte. 3528/2024, resolución del 12/01/2024. Luego ratificada por la CF Posadas, Expte. FPO 174/2024, resolución del 05/04/2024.

dades comerciales) y pidió una medida cautelar suspensiva respecto a tales cláusulas (53).

Un camino distinto, por su parte, emprendió el Sindicato La Fraternidad —también ante el rechazo por ausencia de “caso”— que llega al Palacio de Justicia de la Nación por la vía de recurso por salto de instancia (*per saltum*).

VII. Reflexiones finales

La descripción y el análisis del control judicial operado hasta la fecha (54) sobre el DNU 70/2023 permite efectuar las siguientes afirmaciones.

a) La judicialización se ha diseminado por el país en diversas jurisdicciones y tribunales. Asimismo, el impacto tan intenso de la norma sobre diversas relaciones jurídicas ha generado que en numerosos temas individuales puedan existir cuestionamientos al DNU en cuanto sea aplicable a aquellas. Por ejemplo, en los pleitos laborales o civiles particulares en cuanto se discuta la operatividad del decreto.

b) La mayoría de los planteos han sido rechazados por razones formales. En tal sentido, se han exhibido muchos casos en que los tribunales juzgaron que los demandantes no tenían legitimación para cuestionar la referida norma o no se configuraba debidamente una controversia que cumpliera con el requisito del “caso judicial” (55). Incluso la Corte Suprema, en los tres casos que se pronunció, así lo consideró.

c) Tres han sido los planteos en los que se analizó el fondo del asunto y se concluyó la inconstitucionalidad del DNU 70/2023. Se trata de los casos en torno a las modificaciones laborales; la de-

rogación de la Ley de Tierras y la desregulación en materia de medicina prepaga.

d) En los casos donde operó un análisis de fondo sobre el DNU se concluyó su invalidez constitucional basada en un catálogo de razones coincidentes entre los tribunales: la inexistencia de razones excepcionales para su dictado, el funcionamiento del Congreso Nacional, la vulneración de derechos fundamentales y, finalmente, la trasgresión a la división de poderes.

e) La Corte Suprema de Justicia de la Nación al día de la fecha no se ha pronunciado sobre el DNU. Existen diversos expedientes a su consideración que los operadores jurídicos observamos con atención. Será, cuando exista una definición, la oportunidad de apreciar el mantenimiento de su jurisprudencia restrictiva en la materia o la formulación de nuevos contornos en torno a la utilización de esta herramienta excepcional.

Esta nota, finalmente, sirve de reseña de un estado de situación en torno al control judicial (56) sobre una de las normas más disruptivas que se han conocido —en tiempos constitucionales— en la República Argentina.

(53) Expte. CSJ 50/2024, caratulado “Misiones, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

(54) La presente nota se terminó de escribir el 1º de septiembre de 2025.

(55) Un tratamiento particular del tema hicimos en “Un año del DNU 70/2023 y su paso por los tribunales”, ob. cit., individualizado para su consulta en la nota 3 de este trabajo.

(56) En otro plano del control, concretamente, en cuanto a la revisión del Congreso Nacional cabe indicar que en febrero de 2024 se conformó la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo (art. 99.3 de la CN) y se la convocó a reunirse. El encuentro se concretó —el 29/02/2024— y se eligieron las autoridades: el senador Juan Carlos Pagotto (La Libertad Avanza) como presidente, el diputado Hernán Lombardi (PRO) de vicepresidente y, como secretario, el senador Víctor Zimmermann (Unión Cívica Radical), los restantes miembros ofician como vocales. La Cámara de Senadores, sin dictamen de la Comisión Bicameral, trató el DNU y lo rechazó el 14 de marzo de 2024. Luego de una extensa sesión —de más de ocho horas— se votó con 42 negativos, 25 positivos y 4 abstenciones. El proyecto pasó a la Cámara de Diputados que, al cierre de esta nota del 1º de septiembre de 2025, no tiene aún fecha de tratamiento y se completó un año parlamentario sin su evaluación. Cabe recordar que, según el régimen de la ley 26122 que rige el control sobre ese tipo de normas, el decreto solo perderá su validez si las dos cámaras lo rechazan.

La herida abierta de los derechos sociales: ¿el activismo judicial la puede suturar?

Sofía Nélide Albanese (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Neoconstitucionalismo y activismo judicial.— III. Obstáculos para el activismo judicial en materia de derechos sociales.— IV. ¿“La justicia” está en condiciones de garantizar “lo justo”?— V. Barajar y dar de nuevo.— VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

El neoconstitucionalismo puede ser considerado como un proceso histórico, una teoría acerca de la realidad jurídica o como una postura doctrinaria, institucional e ideológica (1).

Su surgimiento coloca en el centro de la vida jurídica y política a los derechos fundamentales y se caracteriza por una omnipresencia constitucional que satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico, lo cual lleva al crecimiento del rol de la magistratura.

La Constitución se convierte en la protagonista de todo el sistema normativo y pasa a ser considerada como una norma jurídica suprema y de aplicación directa dirigida a los tribunales. A su vez, la interpretación constitucional pasa a ser la palabra final y la decisiva en el quehacer jurisdiccional.

Como podemos dilucidar, el neoconstitucionalismo dice mucho acerca de la función que los/as jueces/zas están llamados/as a realizar en una democracia y alienta un modelo de Poder Judi-

cial activista que tutele, controle y haga efectivas las promesas constitucionales.

En este punto, resulta interesante preguntarse si la aplicación de esta doctrina puede traer resultados beneficiosos en materia de defensa y garantía de los derechos sociales y si el Poder Judicial se encuentra en condiciones para desplegar la labor que se le propone.

El presente artículo aportará algunas reflexiones sobre lo favorable que puede resultar el activismo judicial a la hora de garantizar los derechos sociales. Asimismo, planteará la posibilidad de desarticular los fundamentos teóricos que históricamente han negado la exigibilidad judicial de estos derechos. A su vez, indagará sobre algunos de los riesgos adheridos a la estructura de nuestro sistema judicial actual, los cuales deberían removerse para cumplir con la tarea encomendada por la referida doctrina. Por último, se esbozarán algunas ideas, como punto de partida, orientadas a imaginar un escenario más propicio para un activismo judicial que contribuya con la efectivización de los derechos sociales.

Al decir de Gordillo, “claro está, redactar sentencias que sirven a los libros, pero no a los sentenciados, no es precisamente una forma de contribuir a la formación de un derecho público y privado viviente, justo y eficaz” (2).

(*) Abogada (UBA); maestría de Derecho Administrativo (UNPaz) y la especialización en DDHH y Acceso a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (UNDAV), en curso. Docente de grado (UBA).

(1) SANTIAGO, A., “Neoconstitucionalismo”, Instituto de Política Constitucional, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, sesión privada de 3/04/08, Buenos Aires, p. 4.

(2) GORDILLO, A., “Los derechos humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación Buenos Aires” en GORDILLO, A et al, “Derechos Humanos”, FDA, Buenos Aires, 2007, 6ª ed., Cap. I-6.

II. Neoconstitucionalismo y activismo judicial

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos (3).

El carácter operativo de los derechos constitucionales, el análisis intensivo de la racionalidad, la máxima tutela del derecho a la igualdad, la efectivización de los DESCAs, la protección judicial de derechos colectivos, el surgimiento de los derechos sexuales, la declaración de inconstitucionalidad por omisión, la obligatoriedad de seguir pautas de los tribunales internacionales y el control de convencionalidad de las normas internas son solo algunas de las doctrinas jurídicas desarrolladas por jueces/zas y autores/as partidarios/as del neoconstitucionalismo. Aquellas tornan evidente cómo la decidida acción por parte de los tribunales puede lograr que los derechos sociales estén más asegurados frente a la distracción, desentendimiento o violación por parte de los otros poderes de gobierno (4).

Si bien podríamos decir que el Poder Judicial no es el principal protagonista a la hora de hacer efectivos los mencionados derechos, sí “puede ser un poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas que tengan impacto directo en la vigencia de aquellos” (5).

Recurrir a los tribunales muchas veces resulta eficaz para destrabar o desbloquear canales institucionales que se encuentren obturados; activar debates sociales que los actores políticos no han sabido nutrir adecuadamente; incidir en la agenda pública; buscar canales de interlocución con el gobierno; activar procesos de toma de decisiones sobre políticas de estado o abrir canales de diálogo entre poderes, garantizando nuevas instancias de participación (6).

(3) SANTIAGO, A., op. cit., p. 13.

(4) Íd., ps. 17 a 19.

(5) ABRAMOVICH, V. - COURTIS, C., “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 118.

(6) ABRAMOVICH, V., “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en AA.VV. (ABRAMOVICH, V. - PAUTASSI, L. —compiladores—), La revisión judicial de

Así las cosas, la esfera judicial no resulta solamente útil como espacio de resguardo o restitución de derechos vulnerados, sino también como campo de demandas activas de transformación social (7).

La prudente acción de los/as jueces/zas tiene la idoneidad de tener un carácter garantista y resulta una oportunidad para romper con la divergencia existente entre lo que establece nuestro ordenamiento jurídico, que consagra derechos ideales para todas las personas y lo que acontece en la realidad, donde gran parte de nuestra sociedad no está en condiciones de acceder a estos.

En este sentido, el paradigma del neoconstitucionalismo nos ofrece la oportunidad de ilusionarnos con un Poder Judicial que pueda remediar —en alguna medida— la brecha que hay, como consecuencia de la ineficiencia de los otros poderes, entre el “debe ser” normativo y el “ser” de la realidad social.

III. Obstáculos para el activismo judicial en materia de derechos sociales

Lo planteado en el punto anterior, esto es, la intervención judicial ante la vulneración de derechos sociales encuentra una barrera edificada por la teoría clásica. Abramovich y Courtis la definen como la “autorrestricción del poder judicial” frente a la exigibilidad de estos derechos. Es decir, la resistencia y el criterio sumamente restrictivo de la magistratura a la hora de resolver cuestiones consideradas como de “aparición política”. Los autores puntualizan que cuando la reparación de una violación de un derecho social “importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas...los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema” (8).

En la misma línea, Gil Domínguez sostiene que una de las objeciones que se le imputan al sistema de garantías de los derechos sociales “es que, tratándose de derechos de prestación, el órgano judicial no tiene la suficiente legitimidad demo-

las políticas sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 43.

(7) Íd., p. 7.

(8) ABRAMOVICH, V. - COURTIS, C., ob. cit., p. 127.

crática como para poder obligar a los órganos estatales —que tienen una legitimidad democrática directa y periódica— a realizar determinadas políticas públicas” (9).

De lo expuesto, considero que existen errores fundamentales que sustentan la idea equivocada de que el Poder Judicial no debe intervenir en asuntos relacionados con los derechos sociales. A los fines de construir una teoría sólida que pueda acompañar y legitimar el activismo judicial en el ámbito de estos derechos, entiendo crucial exponerlos y derribarlos. Veamos.

En primer lugar, todos los derechos implican deberes positivos y negativos para el Estado (10).

En este sentido, G. J. H. Van Hoof propone abordar la implementación de los derechos mediante cuatro niveles de obligaciones: respetar (deber clásico de no interferencia), proteger (evitar o prohibir que terceros los lesionen), asegurar (crear condiciones para su realización efectiva) y promover (lograr el pleno goce en forma progresiva) (11).

Es dable subrayar que *“todos los derechos requieren una conducta afirmativa del Estado*. Para definir los derechos, se requieren legislaturas y tribunales; para monitorearlos y hacer efectivo su cumplimiento, hace falta una efectiva maquinaria de supervisión” (12) (la cursiva me pertenece). Así las cosas, resulta nítido que los derechos civiles y políticos involucran el mismo tipo de deberes que los derechos sociales y que todos dependen del activismo estatal.

Segundo, todos los derechos presumen recursos estatales para asegurar su efectividad. Ello, toda vez que —en palabras de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein— para monitorearlos y garantizarlos se requiere una maquinaria eficaz de supervisión. Los autores derrumban la idea de hacer una distinción entre derechos negativos y positivos al explicar que “los individuos gozan de

derechos, no en sentido moral sino legal, solo si su propio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren” (13) y postulan como máxima legal que “donde hay un derecho, hay un remedio”. De esta forma, concluyen que todos los derechos que se exigen en forma legal son positivos y, a su vez, que son costosos porque sus remedios lo son.

En cuanto al vínculo existente entre el derecho presupuestario y la intervención judicial, la dra. Alicia Ruiz, en su voto en el fallo “Toloza”, ha sostenido que el escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCBA). Asimismo, puntualizó que el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional y, tanto es así que, el Estado debe justificar que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un/a juez/a (conf. art. 2.1, PIDESCA) (14).

En el mismo sentido, Corti explica que “no hay bloques temáticos exentos del control judicial... de manera que en principio nada impide que los jueces evalúen la legitimidad constitucional de los diferentes aspectos o momentos de la actividad presupuestaria del Estado” (15).

Si se acepta que los tribunales resuelvan conflictos de derechos en los cuales está presente el Estado y si, a la vez, todo derecho, en mayor o menor medida, implica un costo; entonces las decisiones judiciales implicarán asignaciones de recursos públicos. Si el Estado es demandable y, luego, la sentencia de alguna forma ejecutable, no hay dudas: los jueces toman decisiones sobre los recursos públicos (16). Es decir, “desde el momento en que se admite el carácter demandable

(9) GIL DOMÍNGUEZ, A., “Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, 1a ed., p. 230.

(10) GROSMA, L. S., “Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución”, Ed. Librería, Buenos Aires, 2008, 1a ed., p. 19.

(11) Íd., p. 18.

(12) Íd., p. 23.

(13) HOLMES, S. - SUNSTEIN, C. R., “El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, 1a ed., p. 63.

(14) TSJ de la CABA, “Toloza, Estela Carmen v. Gobierno de la Ciudad s/ amparo”, sent. 9/08/2006.

(15) CORTI, H., “Derecho Constitucional Presupuestario”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, 1a ed., p. 885.

(16) CORTI, H., “Las restricciones presupuestarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina”,

del Estado se habilita, de forma simultánea, a los tribunales a incidir en los presupuestos públicos” (17).

Por último, es imprescindible subrayar que el activismo judicial no debe confundirse con que los/as jueces/zas tengan la potestad de llevar al debate judicial lo que es propio de debate legislativo o ejecutivo. De lo contrario, coincidiría con los/as autores/as que advierten que se podría producir una extralimitación de poder y se correría el riesgo de “promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello” (18).

Ello, porque como explica Couture “del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno” (19).

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado en claro el ámbito que le corresponde evaluar a los tribunales. En “Sejean” sostuvo que “cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas frente al Poder del Estado” (20). En la misma línea, en “Verbitsky” explicó que “lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar [las políticas públicas] solo en la medida en que los lesiona” (21).

La doctrina clásica postula que los derechos sociales son programáticos, no invocables frente

a jueces y que su efectividad depende de las decisiones adoptadas por el ejecutivo y de la asignación de presupuesto votado en el legislativo.

Ahora bien, *la idea de que el Poder Judicial no puede intervenir en asuntos que involucren cuestiones económicas y adjetivar a una decisión jurídica como “política no justiciable”* si bien es presentada como una categoría técnica que parece lucir aséptica, no es ingenua ni inocente.

Tras correr el velo de supuesta neutralidad, podemos reconocer que *son elaboraciones políticas conscientes (y no jurídicas) que tienen consecuencias teóricas y prácticas: reducir el radio de acción del derecho y privar a los derechos sociales de la nota de justiciabilidad*, condenándolos a su inoperancia en caso de incumplimiento.

IV. ¿“La justicia” está en condiciones de garantizar “lo justo”?

Anteriormente afirmamos lo beneficioso que puede resultar la aplicación del neoconstitucionalismo a fin de garantizar los derechos sociales. Luego, pretendimos refutar aquella postura que cuestiona la justiciabilidad de aquellos derechos. Despejados esos puntos, habría que preguntarse si el entramado y funcionamiento de nuestro Poder Judicial actual se encuentra a la altura de efectuar dicha aplicación. Me inclino a responder de manera negativa. Sin embargo, los/as trabajadores/as del derecho tenemos la obligación de ser optimistas y hacer nuestros mejores esfuerzos para que la respuesta, más temprana que tarde, sea otra.

Al respecto, resulta fundamental no olvidarse que “el poder judicial no deja de ser una estructura. Como tal, está conformado por personas y lógicas cuya variación *requiere de la interpelación ciudadana en reclamo del cumplimiento de su atribución constitucional*” (22) (la cursiva es propia). En esta línea, “lograr que la ciudadanía se apropie, le importe e interpele a los poderes judiciales constituye una de las piedras basales en este repensar la justicia” (23).

Lex Social: Revista jurídica de los derechos sociales, 2017, vol. 7, núm. 1, ps. 147 y 148.

(17) Íd., p. 148.

(18) SANTIAGO, A., ob. cit., p. 20.

(19) COUTURE, E., “Estudio de Derecho Procesal Civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, 2a ed., T. I, p. 92; citado por SANTIAGO, A., ob. cit., p. 21.

(20) CS, Fallos: 308:2268.

(21) Fallos: 328:1146.

(22) SALVO, N., “¿Quién le cree a la justicia? La lucha por el derecho”, Ed. Galerna, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., p. 87.

(23) HERRERA, M., “Bases e interpelaciones para una reforma judicial feminista desde los aportes del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial de la Nación y Ministerio Público” en Reforma judicial en clave

Por eso, en este apartado advertiremos algunos de los riesgos que considero adheridos a su estructura.

En primer lugar, es importante dimensionar que consideramos erróneo pensar que los/as jueces/zas al dictar sentencia únicamente “hacen valer frente a los poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Constitución Nacional” (24) o lo dicho por Hamilton respecto a que “el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo” (25). Ello, porque pasaría por alto la “*brecha interpretativa*” que existe entre lo que efectivamente dice la constitución y lo que los/as jueces/zas dicen que dice. Además, asumiría que la magistratura realiza una tarea meramente automática, lo cual dista de su actitud activa y creadora que tiene en la realidad.

Para arribar a esta conclusión, no hace falta más que observar la zigzagueante jurisprudencia de la Corte Suprema que confirma que la Constitución permite ser interpretada de distintos modos y que muchos de ellos incluso son incompatibles entre sí (26), lo cual acarrea una consecuencia muy concreta: llegar a distintos resultados. En el pensamiento de Carlos Cossio, los jueces/zas no ven al derecho como algo concluso y ya hecho, sino como algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente.

Además del carácter problemático de la interpretación, se suma que los/as jueces/zas no están obligados/as a seguir un determinado criterio, los cuales son múltiples y que “ni siquiera la intervención de la Corte Suprema puede garantizar que sobre un tema determinado todos los jueces respeten un mismo criterio” (27).

feminista: un debate desde la Universidad, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, 1a ed., ps. 65 y 66.

(24) THEA, F. G. - LOSADA REVOL, I., “El control de constitucionalidad” en AA.VV., “Análisis Jurisprudencial Corte Suprema”, EDUNPAZ, José C. Paz, 2017, 1ª ed., p. 145.

(25) GARGARELLA, R., “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Buenos Aires, abril de 1997, núm. 6, p. 56.

(26) THEA, F. G. - LOSADA REVOL, I., ob. cit., ps. 112 y 113.

(27) Íd., p. 123.

Como vemos, los/as jueces/zas cuentan con un poder extraordinario: poseen la capacidad para invalidar las leyes que entienden contrarias a la Constitución, a la cual pueden interpretar mediante diversas teorías y pueden optar cualquiera de ellas conforme su criterio. El derecho escrito es compatible con un resultado o con el contrario, lo cual depende exclusivamente de quien sea el/la juez/a cargo de interpretarlo (28).

Se torna difícil poder considerar que el criterio interpretativo de estos/as, elegido discrecionalmente, sea representativo de la voluntad popular. Ello, por ser funcionarios/as que no son elegidos/as directamente por la ciudadanía y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular. Razón por la cual, resulta válido pensar que es ilógico que la última palabra se encuentre en manos de un poder, en palabras de Bickel, contra mayoritario cuyo ejercicio no está sujeto a ningún contrapeso por parte de los otros dos poderes del Estado (29). Eso, sumado a que tenemos un sistema de selección de jueces/zas casi vitalicios/as (30), que ocupan estructuras que carecen de mecanismos de rendición de cuentas ante la ciudadanía y quienes no pueden ser removidos/as por decisión popular (31).

V. Barajar y dar de nuevo

V.1. Sobre la brecha interpretativa

Este trabajo no tiene la pretensión de dar una respuesta a una cuestión debatida hace años como es la “brecha interpretativa”, pero sí me gustaría aportar una visión al respecto.

(28) GARGARELLA, R., “El derecho como una conversación entre iguales”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2021, 1ª ed., p. 220.

(29) THEA, F. G. - KODELIA, G. S., “Control de constitucionalidad. Los peligros del jugador que crea sus propias reglas”, en AA.VV., “La justicia acusada”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2020, p. 2.

(30) BENENTE, M., “Selección y disciplina de jueces y juezas. Notas críticas sobre el Consejo de la Magistratura”, en AA.VV., “Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994: a 25 años”, EDUNPAZ, José C. Paz, 2019, 1a ed., p. 89.

(31) Al respecto, ver, por todos: O'DONNELL, G., “Democracia y Estado de Derecho”, en Disonancias. Críticas democráticas a la democracia, Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007, ps. 179-186.

En primer lugar, es importante sincerar que no veo posible definir un mismo criterio para una diversidad de jueces/zas, siendo que las decisiones de estos/as —como dice Petracchi— les guste o no son políticas y con base en su propia ideología. En esta línea, Cárcova lo deja en claro: “en cada pequeño entresijo de la vida del derecho no hay un modo de pensar, una valoración, una percepción de la realidad, una concepción del mundo que no esté influenciada por la constitución del sujeto como sujeto ideológico. En todo existe un sistema de valores” (32). El campo del derecho es el de la legitimación del poder y la cuestión ideológica ha sido, es y será una batalla permanente en esta actividad. Es crucial recordar que una sentencia, como acto de juzgar, tiene un origen etimológico que remite al verbo latino *sentire* (sentir). Ello, desnuda la inherente subjetividad.

Sin embargo, *la inevitable presencia de la percepción subjetiva no debe ser confundida con la imposibilidad para la deseada imparcialidad e independencia del sistema de justicia, las cuales son garantías de la población y necesarias para la vida democrática*. Es decir, lo dicho no debe interpretarse como una licencia para la arbitrariedad.

La práctica constitucional sí tiene límites. Difusos, pero existentes. Estos imponen la distinción entre aquellas lecturas aceptables y otras que deben ser inadmisibles por desvirtuar el sistema de valores constitucionales.

Sobre este tema, me resulta atinado lo señalado por Corti respecto a que “la ciencia del derecho es una práctica reconstructiva (porque ofrece interpretaciones de textos para informar sobre su significado jurídico), de carácter plural (porque siempre es posible más de una interpretación), polémico (porque cada lectura se hace desde un lugar político determinado, opuesto a otro) e histórico (porque las interpretaciones se suceden de acuerdo con una historia jurídico-política)” (33). Entonces, “podemos tener versiones liberales, progresistas o conservadoras del texto constitucional, pero no fascistas o antidemocráticas. Los

textos jurídicos permiten diversas lecturas, de ahí el debate, pero no cualquier lectura” (34) (la cursiva me pertenece).

V.2. Reformar para transformar

Planteada la importancia del activismo judicial y, asimismo, la crisis que entiendo que existe en la conformación del Poder Judicial para asegurar la labor encomendada por el neoconstitucionalismo; resulta necesario esbozar algunos lineamientos que considero que deberían ser incluidos para pensar quiénes son aquellos/as que interpretan nuestras normas.

En primer lugar, se debe cambiar el criterio de selección de los/as jueces/zas para garantizar que los/as designados/as sean capaces de “trabajar adecuadamente con cuestiones que involucran derechos humanos...y...resolver los conflictos sobre la base de razones públicas surgidas de una interpretación admisible de las normas constitucionales y convencionales” (35).

Para ello, hay que cuestionar qué contenidos se valoran y cuáles no y si son evaluados respecto del contexto de injusticias de redistribución y reconocimiento en el que impartirán justicia (para que puedan tener las herramientas conceptuales y jurídicas para abordarlas).

En relación con esto, Marisa Herrera advierte que “hay una sobrevaloración de perfiles clásicos y conservadores [y] una subvaloración de aquellos empleadxs y funcionarixs que se han animado por iniciativa personal a capacitarse y pretender generar, o llevar adelante iniciativas diferentes y novedosas” (36).

Asimismo, debe haber una mayor participación de la sociedad en dichos procesos de selección y establecerse instancias de discusión pública sobre el perfil de los/as candidatos/as.

Por otro lado, urge fortalecer y ampliar el ingreso democrático de los/as trabajadores/as judiciales. El Poder Judicial debe parecerse a su pueblo. Es necesario dismantelar la lógica endogámica que —muchas veces— lo caracteriza,

(32) Entrevista realizada por Martín Cormick a Carlos Cárcova y Martín Hevia, “La enseñanza del Derecho. Ese apasionante desafío”, Ab/Revista de Abogacía, EDUNPAZ, José C. Paz, 2017, año I, nro. 1, p. 85.

(33) CORTI, Horacio, Derecho Constitucional Presupuestario, 1ra. Ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 20.

(34) Íd.

(35) CAMELO, G., ¿Qué hacer con la justicia no penal?, Pensamiento Civil, 2019; recuperado de: <https://www.pensamientocivil.com.ar/4489-que-hacer-justicia-no-penal>

(36) HERRERA, M., ob. cit., ps. 65 y 66.

en tanto compromete su independencia, legitimidad y la confianza pública.

Además, crear verdaderos órganos de control de la gestión judicial con sustento en estándares republicanos. Si el Poder Judicial es un servicio esencial y, como tal, hay servidores y servidos, estos últimos (es decir, la comunidad) son quienes deben ejercer el control sobre el servicio (37).

También, debe establecerse una capacitación permanente y pensar en la posibilidad de concursos periódicos para los/as magistrados/as, como una forma de rendición de cuentas y revalidación de los conocimientos (38).

Por otro lado, vale la pena hacer hincapié en el rol fundamental que cumplen las universidades como usinas de pensamiento, debate y formación de los/as futuros/as operadores/as jurídicos/as. Necesitamos casas de estudio en donde los relatos expliciten el trasfondo socio-histórico en el que se enmarca el proceso de producción de las normas jurídicas. Ello, porque las narraciones clásicas que se construyen alrededor de la aplicación de normas y que se enseña en las aulas “excluye todo tipo de contextualización política, económica y social. Es un derecho sin sangre ni lágrimas” (39).

En palabras de Cárcova “los que enseñan el derecho como si fuera una mera técnica —postura repetida por los conservadores hasta el cansancio— solo son formalistas en los hechos, y cuando les conviene” (40).

(37) TRIONFETTI, V. R., “Peso pluma. Sobre la independencia judicial”, Boletín diario, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, mayo/2023, recuperado de: https://www.academia.edu/129374855/Peso_pluma_Sobre_la_independencia_judicial.

(38) Ver al respecto: LONCOPAN BERTI, L., “La jueza de Neuquén que pidió «rendir cuentas» ganó el concurso por una amplia diferencia”, Río Negro, 10/08/2023; recuperado de: <https://www.rionegro.com.ar/justicia/la-jueza-de-neuquen-que-pidio-rendir-cuentas-gano-el-concurso-por-una-amplia-diferencia-3071739/>.

(39) BENENTE, M., “Derecho y derecha. Enseñanza del derecho y despolitización”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2017, año VII, nro. 1, p. 187.

(40) Entrevista realizada por Martín Cormick a Carlos Cárcova y Martín Hevia, ob. cit., p. 83.

Las universidades son una instancia esencial para formar operadores/as jurídicos/as conscientes del deber de servicio a la comunidad que implica la función judicial. Necesitamos una enseñanza que no deforme y que eduque en clave de derechos humanos y con una perspectiva decolonial, de género, ambiental, social y democrática (41).

Por último, es necesario desplegar estrategias que rompan la distancia existente entre quienes deciden y quienes reciben las decisiones.

Con este fin, “si no se trabaja en el desarrollo de estrategias que permitan generar decisiones situadas en el mundo real, a partir de las consideraciones específicas y concretas de cada situación, no solo no se suma empatía, sino que probablemente se generan decisiones que profundizan la conflictividad” (42). En este sentido, herramientas como la oralidad permiten una mayor participación y comprensión de las partes, la incorporación de mejor calidad de información al debate y el ejercicio de la escucha activa por parte del/la juez/a (43).

Además, la distribución territorial de los tribunales (para facilitar el acceso a la jurisdicción) y el empleo de un vocabulario sencillo (evitando el lenguaje leguleyo y encriptado) pueden contribuir a achicar la brecha entre un pequeño grupo minoritario de personas que conforman el Poder Judicial, que debe estar al servicio de nuestra comunidad y, por el otro lado, nuestro pueblo, que acude a los tribunales en búsqueda de una respuesta a sus problemas cotidianos.

La eliminación de las barreras que impiden a ciertos sectores sociales acceder y reclamar el reconocimiento de sus derechos en el ámbito judicial es un imperativo para “contribuir a que el sistema de administración de justicia llegue a los ámbitos de nuestra sociedad históricamente re-

(41) TRIONFETTI, V. R., ob. cit.

(42) LORENZO, L., “¿Qué Poder Judicial queremos?”, Pensamiento Penal, 2019; recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48359-poder-judicial-queremos>.

(43) CAMELO, G., “Acceso a justicia, oralidad, intermediación y vulnerabilidades debido al género”, Revista Derecho, Universidad y Justicia, SAJ - INFOJUS, Buenos Aires, 2022, vol. 1, nro. 1.

legados como un paso inexorable para un proceso de profundización democrática” (44).

VI. Reflexiones finales

El derecho como práctica social discursiva (45) tiene la capacidad de legitimar relaciones de dominancia y subordinación; así como también, tiene la idoneidad para incidir en las desigualdades formales, materiales y estructurales que vivencian las personas y significar, de cara a la sociedad, garantía de calidad de vida.

Así, por ejemplo, “la mayor o menor idoneidad de una vía judicial para ser preferida a otra como primer acceso a la justicia ha de estar dada en el momento inicial por su mayor o menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales afectados. Esto no es materia de interpretación: es lo que surge explícitamente de los textos supranacionales al exigir la existencia de una tal vía a favor del individuo” (46).

Como podemos observar, el sistema de justicia y los/as jueces/zas ocupan, por tanto, un lugar de

preeminencia en el alcance y efectos del tratamiento que se le otorgue a los derechos sociales.

La aplicación de la doctrina neoconstitucional posibilita la existencia de más y mejores herramientas para defenderlos y garantizarlos y, en consecuencia, efectiviza el principio republicano de gobierno y fortalece el sistema democrático (47). En este sentido, creo en la actuación del sistema de justicia como dique de contención ante la violación de los referidos derechos, actuando en su función de administrar justicia.

Ahora bien, “el ingreso, la permanencia, la movilidad y la integración del Poder Judicial en general deben estar signados por mecanismos que aseguren el control y la democratización en su seno, para que su composición refleje un poder del estado del pueblo y para el pueblo” (48).

Es apremiante pensar quiénes están interpretando nuestra Constitución y quiénes deberían hacerlo, así como repensar aspectos de selección, ejercicio de la función y sistema de rendición de cuentas.

Es necesario construir un sistema de justicia capaz de contribuir en efectivizar las promesas constitucionales y cerrar la herida abierta de los derechos sociales.

(44) GILS CARBÓ, A., “Acceso a la justicia en contextos de vulnerabilidad”, Ed. DyD, CABA, 2022, 1a ed., p. 106.

(45) CÁRCOVA, C. M., “Las teorías jurídicas post positivistas”, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 224.

(46) GORDILLO, A., “Un día en la justicia. Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución”, LA LEY, 1995-E, 998.

(47) SALVO, N., ob. cit., p. 125.

(48) Id., p. 155.

LA LEY

La información es poder.
Usala a tu favor.

Sumate a nuestra comunidad
exclusiva de **Derecho Público y**
Administrativo en Whatsapp.

Escaneá el QR y unite ahora.

Es gratis.

No te quedes afuera.

