



REVISTA DE LA SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PROVINCIA DE FORMOSA

AÑO II
EDICIÓN N° 2
JULIO 2023

EJEMPLAR VIRTUAL GRATUITO



📍 Casa de Gobierno - Belgrano N°878 - 2do Piso - Formosa ☎ 0370 4420431

🌐 <https://www.formosa.gob.ar/legalytecnica>

✉ secretarialegalytecnica@formosa.gob.ar 📘 Slyt Formosa 📷 [slyt_formosa](https://www.instagram.com/slyt_formosa)

📧 Ecaef Formosa 📧 ecae.slyt@gmail.com

ÍNDICE

EDITORIAL.....	Pág. 04
RESEÑA 10 AÑOS DE LA SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA.....	Pág. 05
ARTÍCULOS:	
1- Ricardo Alberto Muñoz. Aspectos normativos y constitucionales de las decisiones administrativas automatizadas.	Pág. 06-22
2- Enrique Javier Morales. El Pueblo elige. Reflexiones en torno a la reelección de los gobernantes en el sistema constitucional argentino.	Pág. 23-34
3- Paula Andrea Zucchet. Fideicomiso Vs. Realidad Económica. Encuadre jurídico . Tratamiento impositivo.	Pág. 35-48
4- María Alejandra de Madariaga. “Ahora más que nunca y en adelante, estamos todos en “el mismo barco”. Nociones sobre Responsabilidad del Estado con especial referencia a las normas que se dictaron para contener y mitigar la expansión de la pandemia de COVID-19.	Pág. 49-58
5- Adrián Andrés Areco. Hacia la Reglamentación de la Licencia por Violencia de Género en la Administración Pública de la Provincia de Formosa.	Pág. 59-73

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

Los nombres y las direcciones de correo electrónico en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionaran a terceros o para su uso con otros fines.

AUTORIDADES DEL ORGANISMO

Secretaria Legal y Técnica:
Dra. Grissel Mabel Insfrán

Directora de la Escuela del Cuerpo de Asesores de Estado:
Analía Cecilia Coronel

Directora de Biblioteca, Jurisprudencia e Informática:
Andrea Silvina Villalba

Directora de Asesoramiento de Personal:
María Alejandra de Madariaga

Director de Análisis Legal y Administrativo:
Juan Carlos Saldarini

Director de Asesoramiento de Licitaciones y Contrataciones:
Adrián Andrés Areco

Directora de Sumarios:
Andrea Daniela Ayala

Directora de Administración:
Nancy Verónica Espinoza



EDITORIAL

La revista nace en el seno de la Secretaría por medio de la Resolución N° 116/2022 con el objetivo primordial de generar un espacio académico a través del cual se fomente el estudio, el debate, el intercambio y la comunicación con miras al fortalecimiento institucional y modernización del servicio jurídico del Poder Ejecutivo, así como la formación permanente de los profesionales que integran el Cuerpo de Asesores del Estado y de los abogados que prestan servicio en la Administración Pública Provincial.

En virtud de la función de dirección del Cuerpo de Asesores del Estado que posee la Secretaría y, en línea con el compromiso de permanente capacitación y desarrollo profesional de quienes lo integran, esta propuesta, que tendrá una publicación semestral, aspira a ser una herramienta de trabajo, de consulta de los distintos organismos, que aporte a la democratización del conocimiento y al perfeccionamiento de la práctica jurídica del derecho público provincial.

La selección del formato en soporte electrónico de la revista refleja la decisión de adaptarse a las nuevas tecnologías, plataformas y sistemas digitales, promoviendo a la vez, el acceso abierto al conocimiento como bien común y su llegada a todos los asesores desde cualquier punto del territorio provincial.



Dra. Analía Cecilia Coronel
Directora de Escuela del
Cuerpo de Asesores de Estado



SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Presentación de la obra



Dra. Grissel Mabel Insfrán

Secretaria Legal y Técnica

En conmemoración del décimo aniversario de la Secretaría Legal y Técnica, presentamos a los integrantes del Cuerpo de Asesores del Estado, a la comunidad jurídica local e interesados en general, el primer ejemplar de la Revista del organismo.

La Revista de la Secretaría Legal y Técnica tiene como propósito fomentar el estudio y el debate del derecho a través de la publicación de trabajos de investigación y ensayos académicos, como así también, generar un espacio de intercambio que facilite el cotidiano ejercicio profesional del abogado del Estado.

La concreción de este proyecto se encuentra en consonancia con los objetivos de la Secretaría Legal y Técnica, determinados en el Decreto N° 263/12 que establece el organigrama y las funciones de la Institución, aclarando que, siguiendo los lineamientos del Modelo Formoseño para el Proyecto Provincial, su función es efectuar el adecuado encuadre del ordenamiento jurídico en el Estado Social de Derecho vigente en la Provincia de Formosa.

El cumplimiento de esta función implica dar respuesta a los desafíos de creciente complejidad que enfrenta la actuación estatal; ello exige una constante evolución de la capacidad operativa para la implementación eficaz y eficiente de políticas públicas integrales, equitativas e inclusivas.

En este contexto, corresponde mencionar que la Ley de Ministerios N° 1.578 del año 2.011 jerarquizó la función del asesoramiento jurídico en la elaboración de las políticas de Estado, elevando la otrora Asesoría Letrada General del Poder Ejecutivo a una Secretaría de Estado, y reconoció como base fundamental esta función en la implementaron del modelo formoseño.

Estos basilares objetivos solo pueden alcanzarse mediante el compromiso con concretas políticas de capacitación y perfeccionamiento profesional de los asesores del Estado. La revista es la materialización de estas metas.

Anhelamos la positiva recepción de esta obra por parte de sus lectores, invitándolos a ser parte de esta construcción colectiva.



ASPECTOS NORMATIVOS Y CONSTITUCIONALES DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS

Ricardo Alberto Muñoz*

1.- PARA INTRODUCIRNOS EN EL TEMA

La desafiante empresa que nos toca proponer al lector, y aunque más no sea en términos genéricos y en “sobrevuelo”, respecto a las relaciones que vinculan a la “innovación” y a la Inteligencia Artificial (IA) con la Administración pública (en adelante, AP), en especial, las denominadas decisiones administrativas automatizadas, con motivo de esta Segunda Edición de la “Revista Digital de la Secretaría de Legal y Técnica” de la Provincia de Formosa, a cuyas autoridades agradezco por la invitación a participar y la generosidad de siempre.

Parece todo un reto, difícil de sortear en pocas páginas; sin embargo, ello no nos desanima a presentar -por lo menos- los aspectos más importantes de la problemática.

Pese a los desequilibrios estructurales y las asimetrías regulatorias existentes en nuestro país, partimos del supuesto que la mayoría de las administraciones públicas contemporáneas *“poseen programas y proyectos para incrementar las capacidades institucionales orientadas a una visión prospectiva y proactiva, con una vocación innovadora indiscutible mediante la articulación de diversos ingredientes entre los que destacan la gestión del conocimiento y la utilización de las nuevas oportunidades tecnológicas para generar una gestión pública renovada y robusta”*, tal como lo ha señalado el Centro Latinoamericano de Administración Para el Desarrollo (CLAD) en la “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” aprobada en la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado de fecha 8 de octubre de 2020, y a la que haremos referencia en varios pasajes de esta presentación.

Introduciéndonos en el tema, podemos convenir que la AP se conecta con la IA a través de los derechos humanos fundamentales –piénsese en aquellos de reconocimiento constitucional y convencional; esto último a través del impacto que ha tenido el Sistema Internacional de Derechos Humanos en todos los sectores estatales - mediante lo cual, lo podemos graficar como una “avenida de doble mano”. Por un lado, los derechos humanos definen el Norte, el horizonte, los objetivos y fines del desarrollo de la IA por parte del Estado en general, y la AP en particular. Pero, por otro carril, sin que implique un tránsito a “contramano” ni un “choque frontal”, los derechos esenciales limitan, frenan y articulan las

*Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba con Reconocimiento al Mérito Académico, y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma universidad. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. En el ámbito académico, se desempeña como Profesor Titular por concurso de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Cuarto, donde es investigador acreditado. Es docente de posgrado en el área del Derecho Público, y director de trabajos finales de posgraduación. Ha escrito 6 libros, entre los que se destacan *“Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo”*, e *“Internet”* (2 Tomos) de reciente publicación; y ha participado, además, en obras colectivas, y es autor de más de 110 publicaciones sobre su especialidad. Mail ramunoz2011@gmail.com.

acciones, despliegues e implantación de IA en ámbitos públicos ¹, aunque esto brinda una mirada igualmente aplicable para el sector privado.

Porque, a la par de las indudables ventajas que trae aparejadas la utilización de las nuevas tecnologías para el Sector Público, siendo la reducción del tiempo, el aumento de la confiabilidad, el sostenimiento de la imparcialidad y la eliminación de la negligencia, solo unos ejemplos de ello, igualmente también debe sopesarse los evidentes riesgos sobre las libertades individuales, sociales y colectivas, toda vez que la potencialidad dañosa de importantes tecnologías es enorme, y el desafío transcurre por prevenir o, en su caso, mitigar las consecuencias perjudiciales.

Aclaremos, ya desde temprano, que nos ocuparemos principalmente respecto del uso de la automatización tecnológica por parte de organismos estatales, es decir, desde una perspectiva interna a través de lo que podemos denominar como el “*back office*” de la IA. Y, por lo tanto, no nos referiremos a la regulación jurídica de la actividad de expansión y desarrollo de la IA por parte de sujetos regulados o terceros en el mercado de las tecnologías de innovación (el “*front desk*”), lo que nos colocaría en un escenario de análisis no solo más amplio y complejo que el propuesto, sino también de una indudable incomodidad jurídica, toda vez que difícilmente pueda la Administración a través de sus potestades reglamentarias impartir normas con esos fines. Y esto es así, máxime si se repasa que en el mundo, a través de las más diversas organizaciones de escala global, se está optando por el dictado de reglas éticas, verdaderas directrices de alcance mundial ².

Nuestra propuesta, al igual que la normativa ética antes invocada, nace de una premisa elemental: el “enfoque basado en derechos”. Nada más central y neurálgico que analizar estos temas, como tantos otros, sobre la base de la persona humana, su dignidad y el reconocimiento de sus derechos a partir de sus concretas efectivizaciones, materia de irrenunciable e impostergable atención a raíz del nacimiento del Estado Constitucional y Social de Derecho, y por donde gira –o debería girar– el sistema jurídico y los actos estatales que en su consecuencia se dicten.

Por ejemplo, adviértase la importancia que el concreto uso de la IA tendría para el cuidado de la salud, la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, o inclusive, los beneficios para la propia actividad de prevención o detección de infracciones y faltas administrativas.

¹ Para un análisis más profundo, nos remitimos a nuestro libro, MUÑOZ (h), Ricardo A., *Inteligencia artificial y Derecho Administrativo. Un enfoque basado en derechos*, con prólogo de la Dra. Miriam Ivanega, IJ Editores, e-book, de acceso público en

<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=582&idedicion=3688>.

² En especial, puede considerarse en la Unión Europea, “Normas de Derecho Civil sobre robótica” (2017), “Carta Ética Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno” (2018), “Directrices Éticas para una IA Fiable” (2019), “Libro Blanco sobre Inteligencia Oficial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza” (2020), “Propuesta de Reglamento de Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA”, entre otros importantes documentos. La UNESCO presentó en 2019 un estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la inteligencia artificial, y en el año 2020, a través del Grupo Especial de Expertos (GEE), ofreció un texto por el cual se proyecta una recomendación sobre ética de la IA. Por su lado, en año 2019, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y los países socios, adoptaron el primer conjunto de directrices de políticas intergubernamentales sobre IA.

En líneas generales –explica el CLAD- los Gobiernos han generado y estructurado procesos automatizados cognoscitivos y operativos en la gestión de numerosos asuntos, demandas y obligaciones de los ciudadanos y en la provisión de un buen número de servicios públicos, con el resultado de volverlos más transparentes, seguros, costo-eficientes y personalizados. Ahora bien, y en línea a lo antes dicho, se aclara en la “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” (apartado 25) -acertadamente, desde nuestra opinión- que *“La inteligencia artificial representa una racionalidad instrumental, que tiene sentido y valor público a condición de que esté en función de la racionalidad política y social de los valores y los principios de los derechos humanos y del bienestar y de la seguridad jurídica, que son la esencia del gobierno democrático”*.

Así las cosas, a partir del desarrollo inteligente, el uso de big data y las tecnologías de la información y comunicación, la AP va camino a dejar de ser definitivamente una entidad prestadora de servicios públicos, tal como los conocíamos (generales, colectivos, igualitarios, “standarizados”), para transformarse a través de las API en un generador, o por lo menos, intermediario, de servicios personalizados: un verdadero “gobierno como plataforma”³, que desde una perspectiva colaborativa, permite a los privados aportar al Estado aptitudes inéditas del sector público, posibilitando hacer más intensos los vínculos con las personas⁴.

Conceptos como simplificación administrativa, la gobernanza y la gobernanza “inteligente”, el derecho a la buena administración, el gobierno abierto y digital, el gobierno electrónico, Internet de las Cosas, la mejora continua de procesos y la interoperabilidad, la “ciudad digital”, la “ciudad inteligente” (*Smart City*), y el derecho humano “a la ciudad” y el “buen vivir urbano”, los derechos del ciudadano digital en general, y en particular, los derechos a relacionarse electrónicamente con la Administración y el derecho de acceso a Internet (principalmente a través del DNU 690/2020 que modificó la ley 27078 de “Argentina Digital”), pone a la AP en el lugar que señalamos.

Para el CLAD *“La Administración pública inteligente implica la extracción, análisis e interpretación de los datos, tanto a nivel tecnológico (mediante el diseño de algoritmos y sistemas de entrenamiento de los mismos) como de conocimiento humano (sistemas de inteligencia colectiva internos y externos a la Administración), que faciliten la detección proactiva de las nuevas necesidades sociales e individuales para poder renovar e innovar los catálogos de servicios públicos y los sistemas internos de gestión, con el objetivo de poder aportar un mayor bienestar social”* (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 3).

En este sentido, y en el caso específico del sector público, se ha reconocido la importancia de los datos –tanto de fuente interna como externa- para tomar decisiones basadas en evidencias, impulsar su eficiencia y prestar mejores y nuevos servicios, para lo cual

³ Ver al respecto, OSZLAK, Oscar, *El Estado en la era exponencial*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Bs. As., 2020, pag. 132 y ss. CAMPOS RIOS retoma este concepto, y analiza que “hay un principio general que debemos tener presente para comprender la idea de “Estado como plataforma” y es desarrollar plataformas que incluyan un conjunto de tecnologías para que cualquier agencia o área del gobierno pueda desarrollar, intercambiar y conectar servicios sin necesidad de diseñar, testear y operar los sistemas que los soportan” (CAMPOS RIOS, Maximiliano, *El Estado en la Era Meta. Del “Estado Inteligente” al “Estado Inmersivo”*, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Bs. As., 2022, pag. 82).

⁴ SADIN, Éric, *La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Caja Negra Editoria, Bs. As., 2022, pag.

el concepto de “gobernanza anticipatoria” implica un potencial estratégico de la IA. Así, según una reciente publicación del Banco de Desarrollo de América Latina sobre IA en el sector público, la “Gobernanza anticipatoria” implica una oportunidad para “pronosticar e identificar proactivamente desarrollos y necesidades futuras a nivel social, económico o ambiental para anticiparse, intervenir e impactar eventos” y “prever situaciones para prepararse ante múltiples resultados probables y definir mejores políticas públicas de acuerdo con los escenarios analizados”⁵.

2.- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E IA

Si partimos de un concepto –más o menos aceptado– a través del cual, mediante sistemas de IA, se busca “emular” o “simular” la inteligencia humana a través de complejos procedimientos computacionales, y que los algoritmos –en términos amplísimos– implican secuencias lógicas de instrucciones, estructuras procedimentales y metódicas de secuencias para alcanzar un resultado –en algunos casos, con alto grado de automaticidad–, entonces la problemática es materia de obligatoria demanda por parte de la AP.

Señala el CLAD en el documento citado que la tecnología (IA y robótica) para ser innovadora requiere visión estratégica e inteligencia colectiva: la gestión del conocimiento. En este punto, destacamos el concepto de “inteligencia colectiva”, ya que no solo implica la colaboración de diversas personas en la resolución de un tema particular, sino que –desde nuestra óptica– es superador del concepto de IA o inteligencia humana aumentada, toda vez que en este caso se busca un desarrollo en donde se garantiza “*su accesibilidad a toda la ciudadanía como el estricto cumplimiento de las normativas en protección de datos personales*” (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 8), lo que después se reafirma cuando se señala que “*Los diseños de los algoritmos y los procesos de entrenamiento en el sector público deben ser transparentes y no blindados con patentes. Ciudadanos y organizaciones no gubernamentales deben tener la capacidad de evaluar externamente ambos procesos*” y “*Se debe promover la igualdad de acceso a todos los sectores sociales de los beneficios de la inteligencia artificial y de la robótica*” (apartados 33 y 37, respectivamente)⁶.

Al ser entonces una de las principales funciones de la IA la representación, recreación y

⁵ Corporación Andina de Fomento, Bando de Desarrollo de América Latina, *Experiencia IA. Datos e Inteligencia Artificial en el sector público*, 2021, disponible en file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/Experiencia_Datos%20e%20Inteligencia%20Artificial%20en%20el%20sector%20p%C3%BAblico.pdf, pag. 54. Como ejemplos, el estudio menciona sistemas de alerta temprana para activar planes de contingencia para la gestión de riesgos y la prevención de desastres; predicción de poblaciones en riesgo de enfermedades; análisis de sentimientos en las redes sociales; toma de decisiones en tiempo real; análisis de riesgos de desplazamiento de mano de obra; apoyo en las decisiones de financiación de la investigación y el desarrollo (I+D).

⁶ Explica Eric SADIN que las *smart city* implica una evolución hacia territorios autorregulados, pero nos “lleva, en los hechos, a una delegación no dicha de los servicios públicos en favor del régimen privado, prolongando por otros medios las lógicas de la tercerización que ya operan en las empresas desde el advenimiento del neoliberalismo”: “los dirigentes electos están sometidos al dogma reciente que pretende establecer en toda ocasión “partenados público privados”, al mismo tiempo que quedan bajo el doble lobby de los proveedores de tecnologías y de las empresas de servicios que aspiran a ser parte constante y sonante en la vida cotidiana de los ciudadanos..” (*La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, ob. cit., pag. 209 y 210).

facilitación del conocimiento, entonces mucho debe hacerse desde la AP, y el microsistema jurídico que la regula, es decir, el Derecho Administrativo. Ahora bien, como toda IA aplicada al Derecho, en aquella disciplina y con nuestra especial perspectiva *iuspublicista*, no pretendemos el estudio de la automatización del razonamiento jurídico y de la solución de los problemas que de ese tipo se presentan. En efecto, la IA no razona jurídicamente, sino que aporta los mecanismos para el reconocimiento de secuencias a partir de parámetros con significación jurídica⁷; que no es lo mismo.

Por eso, se ha señalado que *“El impacto más relevante de la inteligencia artificial se centra en la extracción de patrones para inferir, predecir y reconocer tendencias o comportamientos más probables a partir de un cúmulo de datos. Se basa en sistemas matemáticos complejos, en forma de algoritmos, que permiten realizar esas inferencias y detectar valores atípicos que aportan información valiosa”* (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 8). De tal manera, la IA no es fuente del Derecho Administrativo (ni de ninguna otra disciplina jurídica), solo es una apoyatura técnica.

En el contexto analizado, y ya desde hace varios años, la AP no tiene otra alternativa que tener hacia la IA una actitud proactiva (y no reactiva), es decir, hacer uso de los beneficios que esta última trae respecto a la transparencia, la prestación de servicios públicos, la seguridad jurídica, entre tantos otros, ya que un “negacionismo” de la IA en el sector público hubiera traído mayores dificultades y distancias con sectores de producción del conocimiento e industria innovadora. También ayuda a la AP para “administrar posibles daños” a través de un paradigma que se nutre de una “gestión basada en los riesgos”, y en este punto no puede dejar de verse -por ejemplo- en el denominado *“Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”* (UE, Comisión Europea, 2020).

La IA y la robótica presentan una gran ocasión para alcanzar definitivamente un nuevo y sólido modelo de AP que sea líquida, abierta, colaborativa, complementaria, creativa e innovadora, pero a la vez, sólida, predecible y constante.

Y esto se logra, precisamente, a través de políticas públicas “basadas en derechos”, bajo las siguientes premisas: 1.- las TICs en la Administración pública se incorporan para garantizar y promover derechos, nunca como instrumentos para su violación; 2.- el respecto a la privacidad *on line*, concepto que abarca la intimidad, imagen y honor, desde siempre y en todos los casos, más aún ante supuestos de IA; 3.- la protección de datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa; 4.- la prohibición de decisiones automatizadas basadas exclusivamente en valoraciones personales digitales; 5.- la impugnación de los actos automatizados y el principio de tutela administrativa efectiva; 6.- las exigencias constitucionales y convencionales de la automatización administrativa, en particular, el principio de no discriminación; 7.- debe tenerse presente la responsabilidad provocada por el uso de la IA y los algoritmos; 8.- el respecto al principio de precaución e impacto social; 9.- la IA debe adaptarse al derecho a la buena administración; 10.- los beneficios que trae IA para la persona humana y su dignidad. Más adelante, volveremos con algunos de esos temas.

3.- PARASEGUIR TRANSITANDO JURÍDICAMENTE: IA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Pensar en las derivaciones que las TICs tienen sobre el Derecho Administrativo, nos

⁷ A mayor abundamiento puede reflexionarse que la IA no realiza inferencias causales bajo un enfoque de significación jurídica (no hace dogmática, no entiende el contexto, etc.), en realidad, la IA “simula” que entiende causalidad o Derecho, pero no lo hace, por eso se dice que es “boba” en este sentido.

Lleva necesariamente a la conclusión respecto la posibilidad de refundar –en gran medida- esta área jurídica a través de un eje orientado en la información. En efecto, nadie podría cuestionarse la importancia que tienen los datos para la AP y la protección que estos –al mismo tiempo- merecen en consecuencia, lo que incluso, ha llevado a la doctrina a plantear la necesidad del dictado de una ley especial de protección de datos personales en posesión de entes públicos⁸, ya que –agregamos nosotros- la ley 25.326 fue pensada principalmente para el sector privado.

Por lo pronto, la realidad demuestra la plena vigencia del principio de “equivalencia funcional” en esta “era exponencial”: a la par de una figura clásica del Derecho Administrativo (acto, contrato, procedimiento administrativo, etc.), aparece una “contrafigura”, adecuada a la nueva realidad, so pena de quedar aquellas definitivamente en el olvido. Y si no desaparece, se reconvierte en su “resiliencia” adaptada. Tal es el caso de la contratación administrativa, donde ahora no solo se lleva a cabo la selección del co-contratante a través de las TICs, sino también se ha avanzado en utilización lisa y llana de técnicas de IA para garantizar la transparencia y el control⁹. O el caso mismo de la organización administrativa, que poco sentido tiene en la actualidad, tal como la conocemos históricamente.

“Actualmente –señala Juan CORVALÁN- asistimos a un auténtico universo de inmediatos, ya que el tiempo secuencial o cronológico comienza a diluirse. Algo similar ocurre con el espacio, puesto que en muchos casos es irrelevante un lugar físico concreto o hablar de presencia y ausencia en los mismos términos que en otras épocas. Si se consagra un sistema digital para vincular a la Administración con los ciudadanos, como regla no es plausible hablar de una desconcentración física territorial o espacial en donde se producen desplazamientos de infraestructura y recursos humanos”¹⁰. En palabras simples, la “organización digital”, no pasa por “abrir oficinas”, sino por expandir o ajustar diversos algoritmos¹¹.

⁸ PARRA NORIEGA, Luis Gustavo, “Desarrollo legislativo en materia de datos personales en las entidades federativas, la importancia de una legislación especial en el ámbito estatal”, en AAVV, *Retos de la protección de datos personales en el sector público*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, México, 2011, pag. 145 y ss. Para el autor citado, “El derecho fundamental a la protección de datos personales en posesión de entes públicos merece un diseño legislativo propio a través de una ley especial e independiente a la de transparencia y acceso a la información. El marco normativo local que se expida en la materia deberá contener regulados su ámbito de aplicación, los principios, derechos, procedimiento para ejercer su tutela, autoridad responsable, medidas de seguridad, transferencias y régimen de responsabilidades que son propios y característicos de los datos personales” (pag. 177).

⁹ MIRANZO DIAZ, Javier, “Inteligencia Artificial y Contratación Pública”, UCLM, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez, 2020, disponible en [file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/SSRN-id3647414%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/SSRN-id3647414%20(3).pdf)

¹⁰ CORVALÁN, Juan Gustavo, “Hacia una óptima Administración digital inteligente”, en *La Ley. Edición Especial. El Derecho en Transformación*, 19-10-2017, pag. 5. En otra publicación, el autor mencionado pone un ejemplo: “Si pretendemos expandir la atención en el otorgamiento de turnos en oficinas públicas, en formatos 1.0 y 2.0, la clave era desconcentrar esa actividad sumando oficinas, personas, computadoras, etc. En el mundo digital, expandir la oferta de un servicio totalmente digital depende esencialmente del diseño algorítmico, de la calidad de la conectividad, entre otros aspectos. Y si a eso le sumamos automatización o capas de innovación a través de inteligencia artificial, podríamos optimizar de manera exponencial el otorgamiento de turnos...” (CORVALÁN, Juan Gustavo, “Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de “Tramitación digital completa”, en *Diario La Ley*, 17-08-2018).

¹¹ CORVALÁN, Juan Gustavo, *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Bs. As., Editorial Astrea SRL, Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, 2019, pag. 23.

En la materia que nos preocupa, a la conocida “independencia” y “automatización” que brinda la IA en la AP, debe sumársele la plena ratificación que aquella hace de otros institutos propios del Derecho Administrativo, como lo es el principio de “colaboración” del administrado, ya que la IA funciona gracias a los datos que voluntariamente son aportados por los particulares .

En el sector público, el dato es generado por el propio usuario, de tal manera que –desde la perspectiva comunitaria y colectiva- aquel debe ser visto como un “valor agregado” de interés social ¹². Incluso, el dato es elemental para la cimentación de nuestras instituciones y el acceso a la información pública, ya que hace a un condicionamiento del ejercicio de la democracia, habida cuenta que el conocimiento es crucial para la participación ciudadana, y la IA mucho puede hacer para motorizar estos aspectos ¹³.

Además, existe una suerte de “delegación legislativa” (“condicionada”) de la AP en los sistemas inteligentes. En efecto, la administración se respalda en los sistemas de IA –aprobados jurídicamente- para tomar decisiones en este caso automatizadas. Y lo hace a través de la “modelización” y “parametrización” de sus “acciones” (hechos, encuadramientos jurídicos y decisiones), lo que es demostrativo de la importancia de la IA: sentar criterios, clarificar antecedentes, evitar arbitrariedades, erradicar el oscurantismo público, a través de una suerte de “predicción” pasada y futura: visualizar el abanico de antecedentes, para decidir en corolario. Más adelante volveremos con este tema.

4.- LA DENOMINADA “POTESTAD LEGISLATIVA ALGORÍTMICA” Y LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS

En materia de actividad administrativa automatizada (por ejemplo, una *app* que nos autoriza a circular en pandemia), lo electrónico y tecnológico, no es solo una mera forma de expresión y calificación de la institución -es decir una sola apoyatura instrumental o respaldo documental electrónico-, pero que canaliza la voluntad y competencia de una forma tradicional, sino es la realización en sí misma de la voluntad administrativa (“actos de elaboración automática”), y en consecuencia, puede decirse entonces que se diseña y entrena el sistema para que el mismo sea reflejo de la norma y se autoejecute sin la intervención humana, o por lo menos, en forma asincrónica.

Esto se lleva a cabo, primero, a través de una incipiente “potestad reglamentaria algorítmica” – una suerte de “cuasileislador en lenguaje computacional”-, y después mediante la “autoejecución” -administrativa automatizada- de los actos (en este caso, administrativos individuales), una vez que suceden los supuestos de hecho previstos normativa primero, y algorítmicamente después.

¹² En este mismo camino transita el concepto de “IA para el bien social” elaborado por el BID, el que “apunta en la dirección del empoderamiento de las personas: se la emplea para abordar los retos más importantes de nuestro tiempo, aquellos que impactan directamente a los humanos y al medio ambiente en los más diversos campos como la salud, la educación, el empleo, la justicia, la disponibilidad de recursos, el cambio climático, la igualdad de género y la reducción de las desigualdades. Bajo el concepto de IA para el bien social tienen cabida distintos actores, incluyendo todas aquellas organizaciones o iniciativas que atiendan a dichos retos apoyándose en esta tecnología” (BID, *La Inteligencia Artificial al Servicio del Bien Social en América Latina y el Caribe: panorámica regional e instantáneas de doce países*, mayo, 2020).

¹³ Al respecto, nos hemos expedido en MUÑOZ (h), Ricardo A., “El control judicial de la actividad administrativa automatizada”, *Revista Electronica Derecho e Sociedade*, Canoas, V. 10, n. 2, 2022.

Pero, tal como brillantemente se ha explicado ¹⁴, hay dos formas de ejercer esa nueva potestad: 1) a través de una “potestad reglamentaria algorítmica espejo”, en donde se hace una traducción de un lenguaje natural jurídico hacia uno de programación. Aquí la voluntad se “mediatiza” y se vuelve asincrónico su ejercicio, rompiéndose el paradigma del tiempo y espacio, y la tecnología es un modo de intermediación técnica; 2) mediante una suerte de “potestad reglamentaria algorítmica basada en IA”, en donde el núcleo de la competencia es desplegado por un sistema inteligente, y entonces la voluntad se desvincula de los resultados. La tecnología deja de ser intermediaria, y si no sabe el experto exactamente las razones subyacentes a los resultados que arroja el sistema, hay una suerte de “delegación algorítmica ilegítima”, y es ahí cuando se rompe la relación con la voluntad y competencia del acto, tornando ilegítima y arbitraria la decisión por la violación de los principios constitucionales y las reglas legales que gobiernan las decisiones estatales.

En este sentido, advierte Andrés BOIX PALOP que los algoritmos empleados por parte de las Administraciones públicas para la adopción efectiva de decisiones han de ser considerados “reglamentos” por cumplir una función material estrictamente equivalente a la de las normas jurídicas, al reglar y predeterminar la actuación de los poderes públicos, y por tanto, se deducen consecuencias jurídicas respecto de cómo han de realizarse los procedimientos de elaboración y aprobación de estos algoritmos, la necesidad de que los mismos estén debidamente publicados como normas jurídicas que son, o la exigencia de que existan mecanismos de recurso directo e indirecto frente a los mismos, todo lo cual supone un incremento de las actuales garantías frente al empleo de algoritmo por parte de los poderes públicos ¹⁵.

Y así llegamos entonces a la “actuación administrativa automatizada”, definida -por ejemplo- por la ley 40/2015 (“Régimen jurídico del sector público”) de España, como “*cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una AP en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público*”. Aun antes todavía, la actuación administrativa automatizada había sido conceptualizada por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de “Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos” de España -LAE- (hoy derogada) como “*actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular*” ¹⁶.

¹⁴ CORVALÁN, Juan, SÁ ZEICHEN, Gustavo y ALBERTSEN, Lihué María, “Actividad administrativa automatizada Inteligencia artificial, potestad reglamentaria algorítmica, delegación algorítmica, acto administrativo automatizado y reserva de humanidad”, en CORVALÁN, Juan Gustavo (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, Tomo II, Thomson Reuters, La Ley, Bs As, 2021, pag. 193 y ss.

¹⁵ BOIX PALOP, Andrés, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, V. 1, año 2020, pág. 223 y ss.

¹⁶ En los sistemas jurídicos normativos, ya se hablaba de “mecanización” y “automatización” en la exposición de motivos de la Ley Procedimientos Administrativos española de 1958, al momento que se señaló que “Por lo demás, las aludidas directrices no se conciben como simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios; a estos fines responden los preceptos relativos a la normalización de documentos, racionalización, *mecanización* y *automatización* de los trabajos en las oficinas públicas, creación de oficinas de información y reclamaciones y fijación de horarios adecuados para el mejor servicio de los administrados”.

Lo explicado, no es una verdadera en nuestros sistemas de fuentes ni para la literatura jurídica, ya que en 1971 Tomás Ramón FERNANDEZ, en un artículo doctrinal titulado “*Jurisprudencia y computadores*” -publicado en la *Revista de la Administración Pública* N° 64, en España de ese año-, manifestó que la “electrónica será un elemento mecánico de ayuda, pero la noble función de juzgar no puede ser mecanizada”, o cuando Vittorio FROSINI en un trabajo que denominó “*Informática y administración pública*” publicó en la edición N° 105 de la citada revista española, ya hablaba de la “inteligencia artificial” y la tecnología electrónica, lo que constituye el carácter innovador y distintivo de los servicios administrativos de nuestros tiempos, tratándose de un proceso que denomina “automatización administrativa”¹⁷.

Llama la atención, en este sentido, que la normativa vigente se refiera en todo momento a actuación administrativa automatizada, en lugar de hacer referencia al acto administrativo automatizado. “La razón es sencilla —y avala la interpretación que se está argumentando en estas páginas—: lo relevante de aquella no es el producto, que no deja de ser un acto administrativo normal y corriente, sino la forma en que se adopta, la actuación que permite llegar a ese producto final”¹⁸.

Así las cosas, la decisión administrativa automatizada implica un acto administrativo como cualquier otro, la diferencia solo radica en la fuente de producción: este supuesto corresponde —en los hechos y en la materialidad— a un sistema de información programado y no a una persona humana. Ahora bien, la ausencia de la persona de “carne y hueso” no es total, sino “en cada caso singular” (conforme la definición antes transcripta), esto es, en cada concreto supuesto en que se hace uso de ese sistema de información para desarrollar la correspondiente actuación administrativa exigida por el ejercicio de la potestad, ya que antes, en forma general y abstracta, la persona humana intervino otorgando competencia y validez al sistema, incluso, a través también del diseño del motor informático¹⁹.

Entonces, efectivamente, un acto administrativo adoptado -aun en su integridad- por medios electrónicos puede consistir en una declaración de voluntad (adjudicación de un

¹⁷ Tampoco deja de llamarnos la atención una recensión bibliográfica del año 1969 que firma GONZALEZ NAVARRO, comentando una obra de Derecho Administrativo de Aurelio GUAITA, a través de la cual, destacando el trabajo paciente y constante del autor, el primero se pregunta si no sería posible recurrir al empleo de una máquina para facilitar la tarea del investigador de la penosa búsqueda de la bibliografía, y dice: “Desde luego, la idea parece factible ... Sin embargo —se añade también—, el problema de programar este supercomputador no habrá desaparecido. Las limitaciones del hombre que haya de programarlo pondrán siempre un límite a la inteligencia que se pueda simular por la máquina. La “inteligencia artificial” de un computador obedece a los dictados, del hombre, y hace falta mayor inteligencia para disponer que para ejecutar. El hombre, como creador, estará siempre en la cúspide... Lo que queremos subrayar al traer a colación las anteriores palabras, es que el trabajo del hombre no puede ser nunca eliminado. La máquina nos hará ganar en rapidez, en precisión, pero el hombre será siempre insustituible” (“Recensiones y notificaciones de libros”, *Revista de la Administración Pública*, N° 60, septiembre-octubre, 1969, Madrid, pag. 525, en part. pag. 546).

¹⁸ MARTÍN DELGADO, Isaac, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, en “*Revista de la Administración Pública*”, N° 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009, p 365.

¹⁹ Para Vincenzo AQUARO (Director de Gobierno Digital de la ONU): “los sistemas de Inteligencia Artificial no pueden reemplazar completamente las competencias de los seres humanos. Pueden colocar a los humanos en una posición ventajosa y ayudar a organizar mejor nuestra sociedad, pero al final, los humanos son, o al menos deberían ser, los que siempre toman las decisiones finales. Esta es la razón por la que prefiero deletrear la IA como “Inteligencia (humana) Aumentada” en lugar de Inteligencia Artificial” (AQUARO, “Prologo”, en CORVALÁN, Juan Gustavo, *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Editorial Astrea SRL, Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, Bs As, 2019, pag. 7).

contrato por subasta electrónica); en una declaración de juicio (valoración de los méritos de un candidato en el marco de un proceso de evaluación de su actividad); en una declaración de conocimiento (certificado electrónico de empadronamiento); o en una declaración de deseo (propuesta de sanción por infracción en materia de tráfico); obligación de pago (informa una operación y se me liquida el monto automáticamente) entre muchos otros supuestos.

5.- ALGUNOS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULATORIOS INTERNACIONALES

La problemática por nosotros abordada, encuentra un sinnúmero de antecedentes normativos y otros documentales de referencia (*soft law*) que -desde nuestra opinión- pueden ser abordados en tres ejes fundamentales: los denominados derechos digitales incorporados en diversas “cartas”, la regulación de los principios que informan la IA a través de reglas éticas, y finalmente, especiales ordenaciones a partir de clásicas instituciones del Derecho Administrativo incorporadas principalmente en normas regulatorias de la función administrativa.

1.- En las “cartas” de “Derechos Digitales”, que, aclaramos, no se pretende que sean exclusivamente algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos, sino también derivaciones o facultades de los clásicos derechos fundamentales²⁰, y en relación con la IA aplicable en el marco de la actuación administrativa, reconoce el derecho de que las decisiones respeten los principios de buen gobierno y buena administración, el procedimiento administrativo con las debidas garantías, obtener una motivación comprensible en lenguaje natural, que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a las personas, el derecho a la evaluación de un impacto en los derechos digitales en el diseño de los algoritmos, con aprobación previa de los sistemas inteligentes, la minimización de riesgos, transparencia y rendición de cuentas, el derecho a la participación y el acceso a la información pública digital²¹ entre muchos otros.

2.- En este escenario, y en un “ecosistema digital” que plantea nuevos mecanismos de gobernanza principalmente para la gestión pública, se viene demandando que el desarrollo de los sistemas de Inteligencia Artificial, garanticen los principios de no discriminación y transparencia (“algorítmica” agregamos), la auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, accesibilidad, usabilidad y fiabilidad, la supervisión humana y la impugnabilidad de las decisiones automatizadas, evaluación y reducción de riesgos, entre otros. Uno de los mayores exponentes de la materia, Lorenzo COTINO HUESO, nos habla de la transparencia como “principio rector”, y el de explicabilidad y la interpretabilidad, como características sociotécnicas de aquel, deteniéndose “en la “transparencia” algorítmica como concepto

²⁰ No obstante, de una u otra forma, lo que no está en discusión es que los entornos digitales generan nuevos escenarios, contextos y conflictos que imponen la adaptación de los derechos y la reinterpretación del Derecho, perfilando aquellos más relevantes en estos entornos, o en su caso, describiendo nuevos derechos instrumentales o auxiliares de los primeros (COTINO HUESO, Lorenzo (coordinación), *La Carta de los Derechos Digitales*, tirant lo blanch, Valencia, 2022, pag. 19).

²¹ Ver por ejemplo, arts. XVIII y XXV, Carta de Derechos Digitales, España, 2021; art. 23 Ley 15/2022, de 12 de junio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación de España; art. 12, 26 y 27, del denominado proyecto de “Reglamento de servicios digitales” del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se busca modificar la Directiva 2000/31/CE; la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales en la Década Digital, entre otros antecedentes.

general inclusivo y la miríada de nociones que orbitan a su alrededor, a saber: trazabilidad, explicabilidad, interpretabilidad, comprensibilidad, inteligibilidad, legibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad, descomponibilidad, verificabilidad, replicabilidad, comunicación, código abierto”²².

3.- Conforme la legislación comparada, tal es el caso de la española antes citada²³ y la italiana²⁴, sin perjuicio de los requisitos de validez “ordinarios” (por todos conocidos), se debe contemplar una serie de exigencias adicionales y específicas, complementarias a aquellos, que en definitiva redundan en garantía para los administrados.

Primero, la utilización de los medios electrónicos debe contar con una habilitación normativa previa: que no alcanza una forma genérica, sino para el caso particular, una habilitación específica que avale y justifique la automatización en tales supuestos. Segundo, tal norma legal debe determinar órgano u órganos competentes, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Tercero, como una derivación del principio de transparencia y legalidad, deberá darse publicidad a las especificaciones y programas empleados en la actuación administrativa automatizada. Y cuarto, deberá garantizarse la identidad, integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad y conservación de toda la información y de la resolución automatizada en sí, a los fines de evitar violaciones a derechos constitucionales, y en particular, de protección de datos personales.

Pero más interesante resulta aún, el recientemente aprobado “Código de Contratos Públicos”

²² COTINO HUESO, Lorenzo, “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta”, en COTINO HUESO, Lorenzo y CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (editores), *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*, tirant lo blanch, España, 2022, pag. 25 y ss., en part. pag. 69

²³ Art. 41: “En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”. Finalmente, en el art. 42 se establece que “En el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica: a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente”.

²⁴ En Italia, la ley 15/200, incorpora una modificación a la ley 241/1990, habilitando en el art. 3 bis la que denomina el “uso de la telemática”: “Para lograr una mayor eficacia en sus actividades, las Administraciones públicas fomentarán el uso de la telemática, en las relaciones internas, entre las distintas Administraciones y entre éstas y los particulares”. Resulta acuciente señalar que, pese el artículo implica una apertura al “fomento” del uso de la telemática, “no debería ser un problema para interpretar que, más que una norma programática, estamos ante un mandato a los poderes públicos, los cuales, más que habilitados para incorporar los avances técnico-científicos de carácter telemático que permitan una mayor eficiencia –y también eficacia- en su actividad, vienen obligados a hacerlo, debiendo tener resultados apreciables y sin más limitación que los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en su caso, el excesivo coste económico” (GUTIÉRREZ ALONSO, Juan J., “La reforma de las normas generales sobre la acción administrativa y el derecho de acceso a los documentos en Italia”, en *Revista de Administración Pública*, N. 168, septiembre-diciembre 2005, pag. 448 y ss., en part. pag. 454).

italiano (aprobado por el Decreto Legislativo N° 36, del 31 de marzo de 2023), que habilita la utilización de “procedimientos automatizados en el ciclo de vida de los contratos”, estableciendo que “*para mejorar la eficiencia, los poderes adjudicadores y las entidades concedentes, en la medida de lo posible, automatizarán sus actividades recurriendo a soluciones tecnológicas, incluidas la inteligencia artificial y las tecnologías de contabilidad distribuida*”, y a tales fines, deberán “*a) asegurar la disponibilidad del código fuente, la documentación relacionada, así como cualquier otro elemento útil para comprender su lógica de funcionamiento; b) introducir en los pliegos de condiciones cláusulas destinadas a garantizar los servicios de asistencia y mantenimiento necesarios para la corrección de errores y efectos indeseables derivados de la automatización*”. Además “*Las decisiones tomadas mediante automatización respetan los principios de: a) cognoscibilidad y comprensibilidad, por lo que todo operador económico tiene derecho a conocer la existencia de procesos automatizados de toma de decisiones que le conciernen y, en su caso, a recibir información significativa sobre la lógica utilizada; b) no exclusividad de la decisión algorítmica, por lo que en todo caso existe una contribución humana en el proceso de toma de decisiones capaz de controlar, validar o denegar la decisión automatizada; c) la no discriminación algorítmica, mediante la cual el titular aplica medidas técnicas y organizativas adecuadas para evitar efectos discriminatorios contra los operadores económicos*”. Finalmente se exige que “*Los poderes adjudicadores y las entidades concedentes adoptarán todas las medidas técnicas y organizativas capaces de garantizar que se subsanen los factores que dan lugar a inexactitudes en los datos y se minimiza el riesgo de error, así como para evitar efectos discriminatorios contra las personas físicas por motivos de nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas, religión, creencias personales, afiliación sindical, características somáticas, estado genético, estado de salud, género u orientación sexual*”.

6.- ¿QUÉ PASA ENTRE NOSOTROS? ¿QUÉ HA DICHO LA CORTE SUPREMA?

Ahora bien, ¿cuál es la actualidad jurídica en nuestro sistema? La pregunta, si bien es provocativa toda vez que parecería que los conceptos antes expuestos lejos están del contexto actual jurídico argentino –aunque sí la coyuntura merece una rápida salida a la vacancia normativa- tiene casi la misma respuesta si la hiciéramos veinte años atrás; desde entonces, legislativamente la cuestión no ha cambiado mucho.

Primero, porque en el Derecho Público provincial, existen novedosos casos donde en alguna Provincia, en ejercicio de la autonomía que naturalmente brinda el derecho administrativo local, a través de leyes, se ha regulado en forma concreta la problemática de las decisiones administrativas automatizadas. Tal es el caso, de la ley 9.003 de Procedimientos Administrativos de Mendoza, que –sobre la base del antecedente español antes citado- autoriza el uso de mecanismos de gestión electrónica, concretamente, a través de la “actuación administrativa automatizada”, que es definida como “*cualquier acto o actividad realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública, en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público*”²⁵; lo que incluso también es mencionado en materia de contratos cuando habilita a

²⁵ Ley 9.003, art. 168 quater, apart. 4, inc. a). Y en el inciso b) se establece que “*En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión, control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de*

que por vía reglamentaria se establezca *“la automatización de los procedimientos”* ²⁶.

Segundo, porque ya el art. 20 de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales –hace tiempo- prohíbe resoluciones basadas en perfiles digitales, evitando –agregamos nosotros- un perfilamiento parcial y por lo tanto falso, mencionado por la literatura jurídica como la “personalidad sintética” y el “hombre artificial” ²⁷. La citada ley argentina, y que responde a la más moderna legislación internacional ²⁸, establece que *“Las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado”*, sancionando con la nulidad insanable *“los actos que resulten contrarios a la disposición precedente”*.

Tal como tan bien lo ha explicado COTINO HUESO, “este derecho es aplicable respecto de las decisiones “únicamente” automatizadas. Así pues, quedarían fuera del ámbito de este derecho las decisiones basadas en IA pero en las que se da alguna intervención humana, aunque sean decisiones muy relevantes o produzcan efectos jurídicos en las personas. Sí quedarían fuera de este derecho las decisiones si “un ser humano revisa y tiene en cuenta otros factores para tomar la decisión final”. No obstante, y esto es importante, “si alguien aplica de forma rutinaria perfiles generados automáticamente a personas sin que ello [la revisión humana] tenga influencia real alguna en el resultado, esto seguiría siendo una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”. Para que no rija este derecho, la intervención humana ha de ser “significativa, en vez de ser únicamente un gesto simbólico” y llevada a cabo por “persona autorizada y competente”. Hay que señalar que el estudio de impacto que debe

reclamos o impugnaciones”. Y en relación al sistema de firmas, exige que *“en el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica: a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, en los términos y condiciones establecidos por autoridad competente, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente”*.

²⁶ Ley 9.003, art. 112. A nivel nacional, incluso, ya en el Decreto 1023/01 se decía que, por reglamentación, se establecerá *“los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documental y el expediente digital”*.

²⁷ Para ampliar el tema, puede consultarse en nuestro trabajo, MUÑOZ (h), Ricardo A., “La prohibición de decisiones administrativa automatizadas basadas exclusivamente en el perfilamiento”, en Thami Covatti Piaia, Stéfani Reimaann Patz y Gabriel Henrique Hartmann (organizadores), *Anais Do II Seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de dados e cidadania*, Universidade Reginal Integrada de Alto Uruguai e das Missões, URI, 2022, libro digital, pag. 336 y ss.

²⁸ Por su lado, el 27 de abril de 2016, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). Este último, en su artículo 22 dispone que: *“Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. No se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.”*

hacerse ha de registrar el grado de intervención humana”²⁹.

Tercero, porque las novedades han venido a través de normativa de naturaleza reglamentaria, es decir, dada por la propia AP, cual es por ejemplo el Decreto 733/2018 que ordena a la Administración nacional *“diseñar inteligentemente un circuito de trabajo secuencial cerrado y uniforme para coordinar la acción administrativa entre los agentes públicos entre sí y de estos con los administrados, mediante la utilización de motores de reglas e inteligencia artificial para automatizar la mayor cantidad posible de decisiones”*.

Por su lado, la Res. 111/2019 dictada por la Secretaría de Modernización Administrativa, y por la cual se crea el “Observatorio de Tramitación Digital”, señala en sus considerandos que *“existe un nuevo paradigma de trabajo con un enfoque basado en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización, que permitirán mejorar el servicio al ciudadano a través de la introducción de las herramientas de aprendizaje automatizado a inteligencia artificial, y consecuentemente, aumentar la productividad y la eficiencia en la confección de respuestas legales, asistencia inteligente, admisiones automática, certificaciones automática y fiscalización con diagnóstico inteligente, como actividades intrínsecas al hacer administrativo”*.

Cuarto, porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido caso “Natalia Denegri”³⁰, y a modo de “obiter”, admite su preocupación por los algoritmos, básicamente por *“los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados –tales como el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores”*, concluyendo –después de invocar su inquietud por la compatibilidad entre la “Inteligencia Artificial” y los derechos fundamentales- la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática del funcionamiento de los algoritmos *“para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos”* (consid. 23).

Así entonces, la Corte expone un notorio fallido, que cambia todo lo que dicho antes, ya que en realidad no es que los intermediarios *“no crean información disponible”* en Internet –como se expresó en el consid. 10-, sino que, en rigor de verdad, cumplen un rol de herramientas técnicas verdaderamente activas estableciendo, a través de sus algoritmos, prelación en la presentación de la información, a través de un orden temporal de apareamiento en los resultados de búsqueda que no responde a cronología, sino a otros criterios que se desconocen.

Quinto, porque de una forma u otra, y de cualquier manera, se llega a los mismos resultados, si se invoca los principios generales que informan el procedimiento administrativo, que regulan las potestades públicas y efectivizan los derechos fundamentales en ocasión del ejercicio de la función administrativa: *“La transparencia en el uso público de la IA tiene una especial conexión con las garantías de la actuación administrativa y el debido proceso. Asimismo, los particulares afectados por las actuaciones tendrán además un reforzado*

²⁹ COTINO HUESO, Lorenzo, “Derechos y Garantías ante el uso público y privado de Inteligencia Artificial, robótica y big data”, en BAUZÁ REILLY, Marcelo (director), *El derecho de las TIC en Iberoamérica. Obra colectiva de F.I.A.D.I. Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática*, La Ley, Uruguay 2019, pag. 917, en part. pag., 933.

³⁰ CSJN, “Denegri, Natalia c/ Google Inc s/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”, 28 de junio de 2022.

derecho de acceso. Los interesados deben poder conocer la motivación de las decisiones para poder controlar que no son arbitrarias sino ajustadas a Derecho y poder recurrirlas. Hay que partir, en cualquier caso, de que lo importante no es saber lo que pasa por la cabeza de un juez o de funcionario cuando adopta su decisión, sino que la decisión cuente con motivación suficiente y ajustada a Derecho”³¹.

Sexto, porque al fin y al cabo, la respuesta está en la propia Constitución Nacional cuando allí se reconoce el derecho al “desarrollo humano”, particularmente cuando se refiere al “desarrollo científico y tecnológico” (art. 75, inc. 19), y en este sentido –y a mayor abundamiento- cabe recordarse que las TICS en la gestión pública en general han sido destacadas como una de las variables a tener presente en los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, hace algunos pocos días el ordenamiento jurídico argentino ha tenido una grata novedad en la materia. Mediante la Disposición N° 2, de fecha 2 de junio de 2023 (publicada en el Boletín Oficial el mismo día ³²), la Subsecretaría de Tecnologías de la Información, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, aprobó las “Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable” (Anexo I) y un esquema grafico de las etapas de Proyectos de Inteligencia Artificial (Anexo II).

Sin perjuicio de un análisis particular del contenido, lo que excedería el objeto de la presente colaboración, es pertinente subrayar que el documento está fundado en la existencia de un “auge en el desarrollo e implementación de proyectos que involucren inteligencia artificial”, y que, a los efectos de armonizar principios generales para el abordaje ético de la IA, la UNESCO emitió las denominadas “Recomendaciones sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”, a la que adhirieron muchos países, entre los cuales se encuentra Argentina ³³.

7.- A MODO DE COLOFÓN

Con una atemorizante elocuencia, el filósofo chino Yuk HUI nos explica que “la gigantesca fuerza de la tecnología se está autosistematizando en todos los órdenes de magnitud – inteligencia artificial, el “Internet de las cosas”, nanotecnología, biotecnología, drones, vehículos que se conducen solos, ciudades inteligentes, SpaceX-”, y que esa fuerza “permitirá a sí misma autosustentarse”. Y esta realidad, el paso “de la legitimación *de jure* por la

³¹ COTINO HUESO, Lorenzo, “Derechos y Garantías ante el uso público y privado de Inteligencia Artificial, robótica y big data”, ob. cit., pag. 948.

³² <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/287679/20230602>.

³³ A su vez, se dice en los considerandos de la resolución que se ha reforzado “la visión argentina de generar entornos regulatorios éticos para los proyectos de Inteligencia Artificial, garantizando desarrollos centrados en las personas, con perspectiva de género y de derechos humanos. Que las soluciones tecnológicas basadas en inteligencia artificial permiten mayores niveles de automatización y el salto hacia sistemas descentralizados y predictivos para la toma de decisiones, las cuales permiten mejorar el diseño, implementación y evaluación de las políticas. Que resulta necesario establecer reglas claras para garantizar que las bondades de cualquier desarrollo tecnológico puedan ser aprovechadas por todos los sectores de la sociedad y potenciar al ecosistema científico y tecnológico argentino, para fortalecer las capacidades de innovación, desarrollo y la producción de soluciones tecnológicas. Que a su vez, dichas capacidades deben ser utilizadas en el marco de una estrategia más amplia que priorice la soberanía tecnológica, y permita dar respuesta a los problemas sociales, productivos y medioambientales del país”.

HUI, Yuk, *Recursividad y contingencia*, Caja Negra Editoria, Bs. As., 2022, pag. 336 y 348.

legitimación *de facto*” consiste en un cambio en la forma de producción del saber, en el sentido de que el conocimiento –o, en términos más estrictos, la verdad- ya no es producido por las autoridades, sino más bien por la inducción de hechos”³⁴.

En un artículo publicado en 2008 y titulado “El fin de la teoría: el diluvio de datos vuelve obsoleto el método científico”, Chris Anderson, editor de la revista *Wired*, ya había sugerido que en la época del big data no hay necesidad de la teoría, ya que los algoritmos y los datos son capaces de generar modelos teóricos (la calculabilidad), anunciando “el fin de la teoría” tal como hasta el momento la conocíamos.

En el mismo sentido, analiza Byung- Chul HAN que “empresas como Google, que han crecido en una época con masas de datos enormemente grandes, hoy día no tienen que decidirse por modelos falsos. Y ni siquiera tienen que decidirse en general por ningún modelo . . . En lugar de los modelos de teorías hipotéticas se introduce una igualación directa de datos. La correlación suplanta la causalidad. . .”³⁵.

A lo que podríamos agregar: la big data “mata” conocimiento. Así, los datos –a través de los algoritmos y redes neuronales- no implica otra cosa que asociación de símbolos, pero sin reglas que expliquen esa asociación. Se extrae el fenómeno –símbolos que nos llevan a un objeto o resultado-, pero no comprenden el significado de la palabra o el concepto, por eso, parece que el conocimiento del experto “colisiona” con los datos meramente “postfactuales”. No obstante, y en línea a lo antes dicho respecto los principios que informan la IA en la AP, en un modelo “win-win”, los datos deben corroborarse con conocimiento, y viceversa, de tal manera que la IA debe ser complementaria al conocimiento de manera simbólica.

El avance de la tecnología incorpora varios conceptos, tales como la “hiperpersonalización” al crearse experiencias únicas basadas en deseos y preferencias de los usuarios, la “hipercuantificación” pudiéndose medir cualquier experiencia vital, la “hiperautomatización” de esa información, y finalmente la “hiperrealidad”, donde las fronteras entre lo digital y lo físico son cada vez más difusas. Por ello, permítaseme reflexionar que la Administración en la “era meta”, requiere de que tanto agentes públicos como funcionarios desarrollen nuevas competencias, no solo aquellas capacidades ligadas a las tecnologías, sino también habilidades blandas vinculadas a la creatividad, el trabajo en equipo, la capacidad de innovación y de adaptación, y la escucha activa y abierta, es decir, “capacidades ambidiestras”³⁶.

En definitiva, y como se dijo, la IA genera, produce, implica y representa desafíos para los

³⁴ HUI, Yuk, *Recursividad y contingencia*, Caja Negra Editoria, Bs. As., 2022, pag. 336 y 348.

³⁵ HAN, Byung-Chul, *En el enjambre*, Herder Editorial SL, Barcelona, 2014, pag 107. De igual manera, entre nosotros se ha dicho que “Ahora estamos ante un procedimiento simbólico que permite anteponer la predicción a la explicación, a diferencia de lo que se suponía tradicionalmente: que para poder predecir tenía que haber modelos explicativos previos basados en teorías sólidas, confiables y contrastadas empíricamente. Pero es mucho más que eso porque los científicos de datos, en particular con la IA, buscan producir efectos, tanto en el ámbito natural como en el social, y anticiparse a los acontecimientos a partir de la recolección de una inmensa cantidad de datos que los dispositivos digitales almacenan. Así, podría pensarse que los científicos de datos más que observar, lo que están haciendo es intervenir suponiendo la existencia de una gran cantidad de entidades. Incluso, muchas veces ni siquiera sabiendo con certeza cuáles son los presupuestos de sus aseveraciones porque tal vez eso ya no haga falta en la perspectiva de las nuevas disciplinas” (AVARO, Dante, BERCHI, Mauro A. y STROPPARO, Pablo, “Entre Barbijos. Reflexiones acerca de la libertad en la pandemia”, Fundación Apolo, Bs. As., 2020, pag. 44).

³⁶ CAMPOS RIOS, Maximiliano, *El Estado en la Era Meta. Del “Estado Inteligente” al “Estado Inmersivo”*, ob. cit., pag. 156.

derechos humanos, tanto que aquella debe concretar un “alineamiento” con estos, y los sistemas de IA no pueden producir interferencias con la dignidad humana. Así es que los procesos de modernización, transformación e innovación deben estar al servicio de la persona y no al revés.

La paradójica indeterminación normativa (parcial, por cierto, según lo expuesto antes), ya que se aprecia un sorprendente divorcio entre lo que sucede –al usarse habitualmente en el sector privado *apps* con algún grado de automaticidad- y la escasa regulación, nos lleva al interrogante de conocer bajo qué circunstancias y de qué manera es posible “encarar” jurídicamente la moderna realidad con “viejas” herramientas del Derecho Administrativo. Perplejidades que nos inquietan aún más, al advertirse dificultades metodológicas: los abogados podemos analizar lo “técnico” solo desde un conocimiento meramente superficial, las leyes de procedimiento administrativo (en realidad, casi todas) fueron pensadas desde una visión “antropomórfica”, sumado a que las conclusiones que podamos arribar en poco tiempo estarán obsoletas conforme el avance exponencial de las tecnologías.

No habría mayores inconvenientes cuando la AP haga uso de los denominados “algoritmos condicionales” o “deterministas”, en los cuales –al tratarse de la programación de un número finito de operaciones de instrucción matemáticas- siempre los resultados de actuación serán los mismos (dado una variable, se dará otra, “*if...then...*”). En cambio, en el supuesto de los algoritmos basados en IA (“no deterministas”), que tienen capacidad para aprender automáticamente, el sistema está preparado para ofrecer nuevos resultados a partir de la creación automática de nuevas instrucciones (reglas infinitas), con el agravante que no se sabe con precisión cual fue el recorrido para alcanzar esa solución.

En este último caso, no es posible comprender ciertamente bajo que lógica secuencial, se obtuvo la solución, y por lo tanto, desde la perspectiva jurídica, no es dable ni un control administrativo ni judicial. Luego, y por lo dicho, esto puede llevarnos a otra conclusión respecto la teoría del acto administrativo: en estos casos -en los denominados sistemas de caja negra (*black box*)- debe revertirse la característica de presunción de legitimidad de los actos administrativos, habida cuenta que la “comprensibilidad” no es algo que precisamente pueda invocarse ni por la AP, ni por cualquier persona humana.

De tal manera, la responsabilidad y la rendición de cuentas sobre procesos de IA debe descansar en personas –obviamente insustituibles-, debiendo –en definitiva- “la dimensión humana” estar presente en el proceso de toma de decisiones y evaluación sobre eventuales quejas ante violaciones a los derechos humanos³⁷. Abogamos por una “reserva de humanidad”, ya que la única empatía existente es la de la persona humana, por cuanto los algoritmos –cualquiera sea su “especie”, no tienen ni creatividad ni pensamiento crítico, solo uno de naturaleza “secuencial”.

³⁷ Suscribimos un uso complementario de la IA, y no sustitutivo, lo que se ha mencionado como “inteligencia aumentada”: “se trata de conseguir una interacción persona-maquina, de modo que la IA sirva para complementar y mejorar la actuación humana y no que los humanos simplemente deleguen sus actividades al funcionamiento de la IA” (VIDA FERNANDEZ, José, “Los retos de la regulación de la Inteligencia Artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás y PIÑAR MAÑAS, José Luis (directores), BARRIO ANDRES, Moisés y TORREGROSA VÁZQUEZ, José (coordinadores), *Sociedad Digital y Derecho*, Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED, España 2018, pag. 203 y ss., en part. Pag. 222).

EL PUEBLO ELIGE REFLEXIONES EN TORNO A LA REELECCIÓN DE LOS GOBERNADORES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Enrique Javier Morales*

Resumen: La Constitución Federal Argentina instituyó la unión nacional en torno de un modelo constitucional plural: democrático, representativo, republicano y, a la vez, federal. En el marco del ideal republicano federal, las Constituciones Provinciales disponen de un abanico de posibilidades constitucionales para realizar la organización de sus instituciones sin intervención del gobierno central. Entre ellas, para definir la posibilidad de reelección en el cargo de gobernador y regular sus alcances. En función de lo expuesto, el texto efectúa un análisis de la reelección de los gobernadores en el sistema constitucional argentino vigente, en conexión con sus fundamentos democráticos, republicanos y federales.

INDICE. I. Introducción. II. Ideal constitucional plural: democrático, representativo, republicano y federal. III. Soberanía popular y reelección provincial. IV. Régimen republicano de gobierno y reelección provincial. V. Forma de estado federal y reelección provincial. VI. Pluralidad de alternativas válidas para el diseño de las constituciones provinciales. VII. Inaplicabilidad y carácter no vinculante de la opinión consultiva 28/21 de la CIDH. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto realizar un breve análisis constitucional respecto del tema de la reelección de los gobernadores de provincia en el sistema constitucional argentino. De constitución lata, el examen se desenvolverá dentro del ámbito de los enunciados constitucionales vigentes.

Dos interrogantes principales servirán de guía en el transcurso de la exposición: ¿Cuáles son las reglas y principios de carácter constitucional que deben guiar el examen de la cuestión? ¿Pueden las Constituciones Provinciales establecer válidamente la posibilidad de reelección de

*ENRIQUE JAVIER MORALES. Rector Organizador de la Universidad Provincial de Laguna Blanca. Abogado (Universidad Nacional del Nordeste) (1997). Escribano (Universidad Nacional del Nordeste) (2009). Doctor de la Universidad De Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) (2019). Máster en Argumentación Jurídica (Facultad de Derecho de la Universidad de León -España) (2021). Especialista en Finanzas y Derecho Tributario (Universidad de Belgrano) (2000). Especialista en Derecho Comercial – Área Derecho Bancario (Universidad Nacional del Litoral -Santa Fe) (2004). ESPECIALISTA EN TRIBUTACIÓN. Universidad Nacional del Nordeste (UNNE, Resistencia, Chaco) (2004). Docente del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2019-2022). Docente Universidad Nacional de Formosa, Facultad de Administración Economía y Negocios., Materia: “Procedimientos Tributarios”. Año 2005-2022. Docente de Cursos de Posgrado en la UBA, UNNE y otras Universidades del país y del exterior.

los Gobernadores y definir su alcance?

II. IDEAL CONSTITUCIONAL PLURAL: DEMOCRÁTICO, REPRESENTATIVO, REPUBLICANO Y FEDERAL

Los constituyentes de 1853-60 consagraron con sabiduría y racionalidad un ideal constitucional compuesto y plural: democrático, representativo, republicano y a la vez federal. Es así que la Constitución Federal Argentina dispuso: «Artículo 1º: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución».

La Norma Suprema constitucionalizó dicho ideal plural «con el alcance» que «establece la presente Constitución». No existe conflicto normativo en la materia. El diseño de la Constitución, como proyecto normativo a ser realizado en la práctica, programó la armonización de los diversos elementos de nuestro modelo constitucional plural.

Desde el inicio de la organización constitucional, «con el objeto de constituir la unión nacional», los representantes del Pueblo de la Nación Argentina (por voluntad y elección de las Provincias que la componen) decretaron y establecieron normativamente la Constitución proporcionando adecuadamente la soberanía popular con el régimen republicano y la forma de Estado federal².

La armonización constitucional fue el medio idóneo pensado para constituir y asegurar la «unión nacional» entre las distintas provincias. Este diseño jurídico constitucional respondió a profundas causas históricas, políticas y culturales que subsisten en la actualidad. Por ende, tal diseño se encuentra dotado de cierto grado de racionalidad histórica, política y cultural.

Por lo expuesto, seguidamente se efectuará un análisis de la reelección de los gobernadores de provincia en el orden constitucional argentino vigente, a partir de los fundamentos constitucionales básicos que cimientan la estructura del sistema constitucional. Tales son: la democracia representativa asentada en la soberanía popular, el régimen republicano y la forma de Estado federal.

III. SOBERANÍA POPULAR Y REELECCIÓN PROVINCIAL

El sistema constitucional argentino tiene carácter democrático representativo, fundado en el principio constitucional de soberanía popular. Desde el Preámbulo, se anuncia con

² MORALES, Enrique Javier: Sobre la reforma de 1949 y su inconstitucional abolición, Formosa, Revista de la Secretaría Legal y Técnica – Año 1 - N°1 - Diciembre / 2022, pp. 14-16. En la práctica, el diseño normativo de la Constitución imbuido de ese «ideal constitucional plural», atravesó múltiples desafíos y graves vicisitudes. Es que, por definición, la Constitución representa un proyecto normativo a ser realizado en sus distintos aspectos en la práctica. La Constitución es también un proyecto colectivo como bien comunitario o social; un proyecto humano, histórico, político, social, cultural y económico a ser realizado, afincado en ciertos presupuestos filosóficos. Por esto es que la historia de la evolución constitucional argentina expone distintas etapas. Por ejemplo, en el período de 1853 a 1916 ha sido muy tenue o casi ausente la democracia representativa asentada en el principio de soberanía popular. Recién en 1912 se estableció en Argentina el sufragio universal mediante la «Ley Sáenz Peña», permitiendo en 1916 el acceso al poder de los representantes de los sectores populares. Otro ejemplo se encuentra en el sistema federal, pues mientras la Constitución establece dicha forma de Estado, en la práctica existen poderosas fuerzas y factores que conducen a la centralización. En cuanto a la república democrática, ha sido interrumpida por sucesivos golpes de Estado que comenzaron en 1930, como reacción de las fuerzas conservadoras que pretendieron - por la fuerza - recobrar el poder perdido tras la instauración del sufragio universal.

énfasis: “Nos, los representantes del Pueblo de la Nación Argentina.”

Según este principio, el origen y fundamento del poder constitucional del Estado reside exclusivamente en el Pueblo. Dicho poder soberano es democrático porque tiene su origen en la expresión general de la voluntad libre, secreta y periódica. El concepto de soberanía popular se erige como la guía fundamental que orienta la configuración racional del orden jurídico, de las instituciones públicas y del ejercicio del poder. Los miembros de la respectiva asociación política deberían tener la dirección suprema de los procesos constitucionales relativos a su propia comunidad y, de ese modo, poder definir los principales asuntos de relevancia pública que les conciernen o los pueden afectar. Solamente dichos ciudadanos y ciudadanas son capaces de definir las principales orientaciones para la organización de la vida comunitaria, la producción de las normas jurídicas y el ejercicio del poder democrático.

Al pueblo, titular de la soberanía, le corresponde exclusivamente el ejercicio del poder constituyente para sancionar la Constitución Nacional, las constituciones provinciales y sus eventuales reformas. La Constitución Nacional es producto de la soberanía de los ciudadanos que integran el Pueblo de la Nación. La Constitución Provincial es producto de la soberanía de los ciudadanos que integran el Pueblo de cada provincia. El poder soberano de configuración de las disposiciones constitucionales provinciales pertenece exclusivamente al Pueblo de cada Provincia.

De acuerdo con el fundamento de la soberanía popular en la república federal, se concluye que en el sistema constitucional argentino la elección y la posibilidad de reelección de los gobernadores es una cuestión que se debe regir por las disposiciones creadas por el Pueblo de cada provincia en su Constitución Provincial. El pueblo de cada Provincia tiene el poder soberano para establecer válidamente en su Constitución la posibilidad de reelección de los Gobernadores, definiendo su alcance. Solamente de este modo, el Pueblo soberano de cada Provincia ejercerá efectivamente la atribución constitucional de elegir periódicamente la persona que desempeñará el cargo de gobernador.

El Pueblo elige. Dicho poder soberano no debe ser sustituido ni subrogado por ningún poder constituido del Estado y/o en consonancia con los poderes fácticos privados y/o con poderes extranjeros o transnacionales de ninguna clase. Si así ocurriera, constituiría una flagrante suplantación de la identidad política y cultural del Pueblo y, con ello, la supresión del sistema constitucional democrático soberano, que conducirían fatalmente a la neutralización de la independencia política de la Nación.

IV. RÉGIMEN REPUBLICANO DE GOBIERNO Y REELECCIÓN PROVINCIAL

El sistema constitucional argentino tiene carácter republicano según se establece en el primer artículo de la Constitución. La república es una técnica de distribución del poder en sentido horizontal, mediante la asignación de competencias delimitadas, que genera la aparición de tres departamentos gubernativos distintos: legislativo, ejecutivo y judicial. Para evitar la concentración del poder, la atribución de potestades específicas configura una zona de reserva de cada órgano que no debe ser invadida por los otros órganos.³

Ahora bien, previo a todo, resulta necesario que ninguno de los poderes constituidos invada la esfera de reserva del poder constituyente. En efecto, se debe recordar que la primera diferenciación es la que existe entre poder constituyente (originario o de reforma) y poder

³ FERREYRA, Raúl Gustavo: Fundamentos Constitucionales, Buenos Aires, Ediar, 2015, pp.pp. 239, 465, 482 y 491-494.

constituido.⁴ A las autoridades de la Nación les corresponde ejercer el poder de acuerdo a las reglas constitucionales, pero sin crear ni modificar tales reglas constitucionales.⁵ En la actualidad, esto se aplica con especial atención a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo expuesto, el concepto constitucional de república implica un deferente respeto del poder constituyente de la Nación y de las Provincias, asentados en el principio democrático de soberanía popular.

¿Cuál es el alcance, el contenido y las exigencias del concepto constitucional de República? En primer término, hay que decir que el concepto constitucional de República no se debe escindir del concepto fundamental de la soberanía popular. Por el contrario, el concepto constitucional de República se entronca y se nutre de la raíz de la soberanía del Pueblo. En su origen histórico se entendía por «república» la «res pública» o «cosa pública»: todo aquello relativo al *populus romanus*, a los derechos e intereses del pueblo romano. Así se debe entender actualmente cuando se piensa en la «república» como una forma específica de gobierno dotada de ciertos elementos básicos pero que inexcusablemente se basa en la soberanía que reside en el Pueblo, en el principio electivo de sus gobernantes y en la representación.

El concepto constitucional de República tiene varios elementos que se deben recordar: a) el Jefe de Estado y/o de Gobierno se legitiman en el ejercicio del poder político constitucional mediante una elección popular; b) los cargos electivos no son vitalicios, sino que se deben legitimar periódicamente mediante el sufragio; c) la continuación, renovación o sustitución del Jefe de Estado y/o de Gobierno se debe realizar igualmente mediante elecciones; d) dichas autoridades tienen responsabilidad constitucional ante el Pueblo, ante los votantes y electores (sin perjuicio de otros mecanismos constitucionales de control).

El concepto constitucional de República significa que los cargos electivos no deben ser «vitalicios». Es decir, con respecto al período de duración del cargo, no pueden durar «desde que se obtienen hasta el fin de la vida». Dado que no deben ser vitalicios, dichos cargos se deben legitimar o volver a legitimar por el Pueblo en forma periódica por intervalos temporales delimitados. La configuración constitucional del sistema republicano no prohíbe el establecimiento constitucional de una regla que permita la alternativa de volver a elegir a los representantes del Pueblo, con tal que se cumplan dichas condiciones.

Seguidamente, se mencionan algunos ejemplos: a) la Constitución Argentina establece la elección periódica de Diputados y de Senadores, con duración periódica de sus mandatos, permitiendo la posibilidad de su reelección sin limitar la cantidad de ocasiones que pueden presentarse a la consideración popular mediante comicios libres; b) varias Constituciones Provinciales establecen similar sistema respecto de los cargos de gobernador, vicegobernador, legisladores provinciales, intendentes y legisladores municipales; c) en los Estados Unidos, cuna de la moderna república presidencialista federal, las Constituciones de trece Estados permiten la reelección del cargo de gobernador sin limitar la cantidad de ocasiones que pueden presentarse a la consideración popular. En resumen, como lo demuestran los ejemplos, nunca se interpretó que ninguna de tales previsiones constitucionales violare el «concepto constitucional de república».

⁴ GUASTINI, Ricardo: Estudios de teoría constitucional, México, Fontamara, 2001, p. 40.

⁵ FERREYRA: Fundamentos..., ob. cit., pp. 219, 238-241 y 438.

¿Cuál es el significado, contenido y alcance del concepto de «periodicidad»? Según hemos visto, el concepto constitucional de República exige que los cargos electivos se deben legitimar por el Pueblo en forma periódica y por intervalos periódicos. El término «periodicidad» quiere decir «Que guarda período determinado» y «Que se repite con frecuencia a intervalos determinados». ⁶ En mi opinión, en este contexto el término «periodicidad» tiene dos elementos centrales: a) «ocasión periódica de la acción de elección de una autoridad por parte de los electores legitimados en el sistema democrático»: en cada ocasión en que transcurra el período de tiempo predefinido por la norma aplicable; b) «duración periódica en el cargo de la autoridad electa»: por un segmento de tiempo predefinido por la norma aplicable.

Desde tal óptica, la frase «reelección indefinida» constituye una falacia. En efecto, no existe «reelección indefinida» por la sencilla razón de que no existe «elección indefinida». Por el contrario, la elección es constitucionalmente definida tanto respecto de la «acción periódica de elegir» como de la «duración periódica en el cargo elegido». Cada un cierto período de tiempo definido y por un cierto período de tiempo definido. Además, la posibilidad constitucional de elección no asegura el hecho futuro e incierto de la elección ni de la reelección. Existen muchos ejemplos que corroboran dicho aserto.

En el sistema de la república democrática representativa asentada en el principio de soberanía popular, el «poder de elegir» a sus propios representantes corresponde al Pueblo. El término «elegir» significa «escoger o preferir a alguien o algo para un fin». Por su parte, el término «reelegir» quiere decir «volver a elegir». ⁷ O sea: en una nueva ocasión, «volver a preferir» y en consecuencia «escoger» a «alguien o algo para un fin». Trátase, en puridad, de una nueva elección.

Un sistema constitucional que admite la reelección consiste en una permisión constitucional periódica al Pueblo para decidir democráticamente si prefiere volver a elegir una autoridad para desempeñar un cargo durante un período de tiempo delimitado o, si prefiere no hacerlo, el poder de escoger cualquier otra alternativa. Todos pueden presentarse a la consideración popular para la elección pública con sus propios argumentos y razones. Se brinda la más amplia gama de opciones de elección a los electores. Es que, justamente, «elegir» significa «escoger o preferir a alguien o algo para un fin». En el sistema democrático la gran pregunta es: ¿a quién prefiere o a quién escoge el Pueblo? Permitir la opción constitucional de «reelegir» es simplemente permitir la posibilidad constitucional de «volver a elegir» o «no volver a elegir» a un determinado servidor público entre un conjunto de postulantes democráticos.

El término «reelección indefinida» constituye un «obstáculo epistemológico». ⁸ Tanto la acción de «elegir» como la permisión para «volver a elegir» se deben realizar en forma periódica, teniendo dichas «acciones periódicas» sendos «resultados periódicos» limitados en el tiempo: la duración del cargo será durante un período de tiempo limitado. «Acción constitucional periódica» y «resultado constitucional periódico», no indefinidos. No existe una «reelección indefinida» porque el Pueblo puede decidir o preferir no volver a elegir dependiendo de su

⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española.

⁸ BACHELARD, Gastón: La formación del espíritu científico: Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo, 23ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2000, pp. 15-26, 87-98. Precisamente, uno de los tipos de obstáculo al conocimiento que detalla proviene de la lengua o de los hábitos verbales. Llamativamente, cuanto más claridad o capacidad explicativa tenga un vocablo o expresión en el lenguaje común, más efectividad adquirirá como entorpecimiento del conocimiento.

valoración de la gestión. No existe una «reelección indefinida» porque se trata de una nueva elección definida periódicamente, tanto en la «ocasión de la elección» (comicios periódicos) como en la «duración del mandato» (lapso limitado). En todo caso, existe una «reelección periódica».

El concepto de «reelección periódica» representa una opción válida y un modelo posible dentro de nuestro sistema constitucional plural: democrático, representativo, republicano y a la vez federal. Respeta las reglas y principios de la Constitución Federal otorga protagonismo al principio constitucional de soberanía popular, contribuyendo a la comprensión del concepto constitucional de «alternancia».

La «alternancia» es decidida plenamente por los electores legitimados, en forma periódica. En cada ocasión periódica establecida por la Norma Fundamental, el Pueblo debe decidir sobre la «alternancia». La decisión sobre la «continuidad» o la «alternancia» es titularizada por el Pueblo en comicios libres y democráticos. Se hace reposar en el Pueblo la decisión sobre la alternativa crucial, entre un conjunto de postulantes democráticos. De este modo se satisface el cumplimiento de la «periodicidad» y de la «alternancia» sobre la base del principio de soberanía popular.

La Constitución Federal Argentina no contiene ninguna regla que prohíba el establecimiento, en las respectivas constitucionales provinciales, de disposiciones que permitan a los Gobernadores de Provincia presentarse a elecciones. El concepto constitucional de «república federal» admite la constitucionalidad de las normas constitucionales provinciales que establecen la posibilidad de reelección de los gobernadores y definen sus propios alcances. Por lo tanto, en caso de previsión por una Constitución Provincial, dicha disposición tendrá jerarquía y validez constitucional, sin contravenir el concepto constitucional de «república».

¿A quién corresponde la regulación constitucional de esta cuestión en el modelo de «república federal»? Dado que la Constitución Federal no contiene ninguna regla prohibitiva, la cuestión queda reservada exclusivamente a cada Constitución Provincial. Al poder constituyente provincial, titularizado por el Pueblo de la respectiva Provincia. Por lo tanto, si una constitución provincial de acuerdo con la autonomía provincial estableciese la posibilidad de reelección popular de los cargos provinciales, ello representa una opción válida y posible dentro del sistema de la república democrática representativa federal previsto por el artículo primero de la Norma Fundamental.

En conclusión, de acuerdo con el fundamento de la república democrática federal, se concluye que en el sistema constitucional argentino la elección y la posibilidad de reelección de los Gobernadores de Provincia es una cuestión que se rige por las disposiciones creadas por el Pueblo de cada provincia en su Constitución Provincial.

V. FORMA DE ESTADO FEDERAL Y REELECCIÓN PROVINCIAL

El sistema constitucional argentino tiene carácter federal. Las Provincias son política y jurídicamente preexistentes. El federalismo es aquella forma de Estado que efectúa un reparto del poder político con relación al territorio. A partir de la unión o conjunción de entes plurales autónomos, se crea un único e indivisible Estado.

La forma de Estado «federal» fue probablemente el mecanismo más relevante para «constituir» la ansiada «unión nacional». Este diseño constitucional racional responde a profundas causas históricas, políticas y culturales que subsisten hasta la actualidad. Ahora bien, ese fin supremo de «constituir la unión nacional» se debe realizar en la diversidad de la realidad histórica, política y cultural. Exige como precondition su reconocimiento, protección y

promoción. Es necesario dar sentido y contenido a la «autonomía provincial», pues representa el engranaje de cohesión y el aceite de lubricación del modo de vida federal.

La Constitución es un contrato federal pluralista e integrador cuya principal cláusula reposa en el respeto de las autonomías provinciales y de las diversidades regionales. El contrato federal presupone la riqueza proveniente de las variadas vertientes históricas, sociales, geográficas, políticas, económicas y culturales. Es que la Constitución política del Estado, norma suprema del ordenamiento, se encuentra inserta en un contexto histórico, social, político y cultural. Mientras algunas provincias son entidades políticas preexistentes que provienen de la época colonial, otras son provincias jóvenes a las cuales se reconoció recientemente su derecho a la igualdad federal. Cada Provincia exhibe sus propios estratos de historia política social, avanzando con sus propios equilibrios dinámicos todos juntos a la par en la comunidad federal. Frente a esta realidad multidimensional polícroma, el sistema federal procura la unidad y la integración nacional sobre la base del reconocimiento de la diversidad histórica, política, social y cultural. Es función de la Constitución Federal establecer la unidad y la integración de la pluralidad de elementos distintivos en un mismo cuerpo político. Su respeto es el mecanismo dispuesto para garantizar la unión y la coexistencia pacífica en el concierto federal ampliado.

El «sistema federal de constitución» se apoya en una serie de principios cardinales que pueden resumirse en tres vocablos: supremacía, deslinde y autonomía. No existe conflicto normativo sino armonización constitucional. Los tres deben interpretarse a la luz del artículo primero de nuestra Constitución Federal. En tal sentido, forman parte del diseño constitucional racional superior que procura armonizar un ideal constitucional plural: democrático, representativo, republicano y federal, «con el alcance que establece la presente Constitución». Veamos.

Primero: supremacía constitucional. El artículo 31 establece que la Constitución es la ley suprema de la Nación. En el orden federal se establece la supremacía de la Constitución Federal Argentina. Mediante la Constitución Federal se establece un único orden jurídico constitucional que abarca y contiene el derecho supremo tanto para el Estado federal como para los Estados Provinciales.

En este orden de consideraciones, el artículo 5 de la Constitución Federal establece que «Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria». Por su parte, el artículo 123 de la Constitución Federal Argentina establece que: «Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º».

El sistema consagrado por la Constitución Federal Argentina carece de contradicción en la materia. En efecto, en virtud de ese mismo principio de supremacía constitucional, es la propia Norma Fundamental quien seguidamente enuncia dos reglas o principios que establecen el reconocimiento constitucional supra-ordenado de la esfera o espacio constitucional propio perteneciente a las Provincias dentro del sistema federal. Ambos se analizan a continuación.

Segundo: regla de deslinde. El art. 121 de la Constitución prescribe que «Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal...». El principio cardinal consiste en que mediante la Constitución Federal las provincias como entes autónomos delegan una parte de su poder al Estado Federal y se reservan todo el poder no delegado a dicho ente federal mediante la Constitución. No existe más Estado federal que el

dado y constituido por la Constitución. En consonancia, las potestades de todos los poderes constituidos del gobierno federal (incluyendo a la Corte Suprema) se componen únicamente de un plexo de atribuciones delegadas, delimitadas y circunscriptas.

Esta regla permite extraer dos corolarios. El primer corolario es que la Constitución Federal regula el ámbito de la competencia de la Corte Suprema y delimita taxativamente los supuestos en que podrá ejercer una competencia originaria, la cual no podrá ser amplificada por decisiones del propio Tribunal, so pena de violar la Constitución Federal. El segundo corolario es que la Constitución Federal no contiene ninguna regla que prohíba a las Provincias establecer disposiciones que permitan la posibilidad de reelección en el cargo de Gobernador y definir su alcance. Se trata de una atribución no delegada por las Provincias a la Nación y por lo tanto reservada a las primeras. Ni las Provincias delegaron dicha cuestión ni la Corte tiene competencia originaria para intervenir.

Tercero: autonomía provincial. El art. 122 prescribe que las provincias autónomas “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”.

La Constitución Federal reconoce constitucionalmente el ámbito de la autonomía provincial. El principio cardinal consiste en que las Provincias como entes autónomos tienen poder y atribuciones para dictar su propia Constitución, establecer la regulación constitucional de sus instituciones políticas locales y desenvolver su vida política institucional de conformidad con ellas, sin intervención del gobierno federal. Se debe subrayar el enunciado «sin intervención del gobierno federal». Se trata de un ámbito constitucionalmente válido, reservado y no delegado, que forma parte del contenido concreto de la autonomía provincial.

La propia Constitución Federal establece el status constitucional de los «Gobiernos de Provincia», en el «Título Segundo» de la «Segunda Parte» de la Constitución. Y a los fines de garantizar la protección de la autonomía provincial, la Constitución Federal habilita un campo o espacio constitucional de opciones válidas para que las Provincias dicten su propia Constitución, se den sus instituciones locales y elijan sus autoridades, sin intervención del gobierno federal.

En conclusión, de conformidad con la forma de Estado federal, corresponde exclusivamente a las provincias la atribución constitucional de establecer la posibilidad de reelección del cargo de Gobernador de Provincia y configurar sus alcances. Es una cuestión no delegada constitucionalmente por las Provincias al Gobierno federal y como tal reservada a las primeras. Dicha cuestión pertenece al marco constitucional de opciones válidas establecido por la Constitución Nacional. Se trata de una opción constitucional válida, entre varios modelos posibles, dentro del modelo constitucional plural cimentado desde el artículo primero de la Constitución.

VI. PLURALIDAD DE ALTERNATIVAS VÁLIDAS PARA EL DISEÑO DE LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Hemos visto que la Constitución Argentina de 1853-60 en su primer artículo consagró un ideal constitucional plural: democrático, representativo, republicano y a la vez federal. Este modelo constitucional plural permite una pluralidad de alternativas válidas para el diseño de las Constituciones Provinciales.

Con referencia al artículo 5 de la Constitución Federal Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación» siguiendo las enseñanzas del Maestro Joaquín V. González ha sostenido que la exigencia de que las constituciones provinciales resguarden el sistema representativo republicano, exige que sean semejantes a la Constitución Nacional en lo esencial de gobierno,

siguiendo su «tipo genérico», pero no exige que sean idénticas ni una copia literal, mecánica ni exacta.

El Máximo Tribunal ha sostenido que dentro del «tipo genérico» o «molde jurídico» de la Constitución Nacional, cabe la más grande variedad según las particulares características, anhelos y aptitudes colectivas de cada una de las provincias. El Tribunal reconoció expresamente que la forma republicana de gobierno es susceptible de una amplia gama de alternativas, justificadas por razones sociales, culturales e institucionales.

En ese orden de consideraciones, la Corte sostuvo que el artículo 5 de la Constitución Nacional consagra la unión de los argentinos en torno de un «ideal republicano federal» que reconoce y respeta las identidades de cada provincia, permitiendo una pluralidad de ensayos para que cada provincia busque sus propios caminos para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales.

Resulta esclarecedor destacar los principales conceptos del Tribunal:

«3. Que las competencias reservadas por cada una de las provincias para el ejercicio de su poder constituyente bajo el condicionamiento de resguardar el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (art. 5), exigen una adecuación de las instituciones locales a los mencionados requerimientos que “debe conducir a que las Constituciones de provincia sean, en lo esencial de gobierno, semejantes a la nacional, que confirmen y sancionen sus principios, declaraciones y garantías”, y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticos, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquélla. Porque la Constitución de una provincia es el código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivas” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, ps. 648/649; Fallos 311:465).»

«4. Que desde esta comprensión del doble régimen de poderes y de la recíproca independencia en el ejercicio de ellos en los términos señalados,...la forma republicana de gobierno - susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.-.....».

Asimismo, sostuvo la Corte Suprema (voto del Dr. Fayt):

«10) ...Como lo ha sostenido esta Corte en Fallos 311:460, el art. 5 CN. declara la unión de los argentinos en torno del ideal republicano. Pero se trata de una unión particular. Es la unión en la diversidad. Diversidad proveniente, precisamente, del ideal federalista abrazado con parejo fervor que el republicano. El federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia, lo cual configura una fuente de vitalidad para la República, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y la búsqueda por parte de las provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales. Esa diversidad no entraña ninguna fuerza disgregadora, sino una fuente de fructífera dialéctica, enmarcada siempre por la ley cimera de la Nación. Tal es la doctrina que conciertan los dos pilares del régimen de gobierno de todos los argentinos, el republicano y el federal.»

9- CSJN, in re Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa - 6/10/1994 - Fallos: 317:1195.

En conclusión, la Constitución Argentina consagró un modelo constitucional plural (democrático, representativo, republicano y a la vez federal) que permite una pluralidad de alternativas válidas para el diseño de las Constituciones Provinciales.

El sistema constitucional argentino establece el status deóntico de la reelección de los Gobernadores de Provincia: a) la Constitución Federal no contiene ninguna regla prohibitiva ni restrictiva para las Constituciones Provinciales; b) la Constitución Federal establece que se trata de una cuestión no delegada por las Provincias a la Nación sino reservada por las Provincias frente a la Nación. Ante tal panorama, no se verifica un límite material para el ejercicio del poder constituyente provincial, sino un conjunto de alternativas válidas para el diseño de las Constituciones Provinciales. Es el espacio constitucional propio de la autonomía provincial.

En prieta síntesis, en el sistema constitucional argentino, el tema de la reelección de los Gobernadores de Provincia y la definición de su alcance, corresponde exclusivamente al Poder Constituyente de cada Provincia titularizado por el Pueblo de la respectiva Provincia.

VII. INAPLICABILIDAD Y CARÁCTER NO VINCULANTE DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 28/21 DE LA CIDH

El sistema diseñado por la Constitución Federal Argentina no resulta enervado por el contenido ni por los efectos de la Opinión Consultiva N° 28/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰

Previamente, es necesario reseñar que, a petición de la República de Colombia, los jueces de la CIDH dictaminaron en su oportunidad que: a) la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos; b) la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos; c) la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dicha Opinión Consultiva resulta inaplicable por varias razones. Uno: se refiere a la República de Colombia. Dos: la Constitución Argentina no establece ninguna reelección presidencial indefinida. Tres: no abordó la cuestión de la reelección de los gobernadores de provincia en sistemas constitucionales federales que lo permiten tal como el sistema constitucional argentino.

Además, si bien las Opiniones Consultivas sirven como valiosas pautas orientadoras para la interpretación de la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos vinculantes para los Estados Miembros.¹¹ No enerva los principios de derecho público establecidos por la Constitución Federal Argentina (CFA, art. 27).

VIII. CONCLUSIONES

El conjunto de prescripciones de la Constitución Federal, como normas superiores del ordenamiento, instituyen el perímetro de existencia y demarcan los parámetros de validez para la producción de las disposiciones constitucionales provinciales. Es decir, que el diseño de una Constitución Provincial puede ser efectuado dentro del campo de validez de la Constitución

¹⁰ CIDH, 07-06-2021.

¹¹ FERREYRA, Raúl Gustavo: Bosquejo sobre la Constitución, Buenos Aires, Ediar, 2022, pp. 78 y 79, nota 29

Nacional.

La Constitución Federal Argentina consagró un ideal constitucional plural: democrático, representativo, republicano y federal. La estructura constitucional resultante dispone un significativo espacio o esfera constitucional de autonomía provincial para la adopción de sus propias determinaciones constituyentes respecto de su propia organización institucional.

En este sentido, la Constitución Federal Argentina no estipula ninguna regla ni principio constitucional que prohíba la reelección de los gobernadores de provincia. No constituye un límite material ni contenido pétreo para el ejercicio del poder constituyente provincial. En pocas palabras, el sistema constitucional argentino admite la constitucionalidad de las disposiciones constitucionales provinciales que establecen el instituto de la reelección y definen su alcance.

Prestigiosa doctrina ha explicado que, en el marco de la Constitución Argentina vigente, esta no contiene ninguna «...prohibición de la reelección indefinida...», lo cual requeriría «...una reforma de la Constitución federal...». Por lo tanto, y ante la ausencia de dicha prohibición en la Constitución Federal, «...en la medida en que no haya o no exista prohibición expresa por la propia Ley fundamental provincial, las reelecciones deben ser admitidas porque no avasallan terminantemente ni la representatividad ni el republicanismo», agregando que en dicho marco «...la reelección de los Gobernadores no es contraria a Derecho...» y no pueden ser prohibidas razonablemente ya que «...ella misma implica una elección que es el fundamento de los fundamentos de la casa republicana y representativa».¹²

Dentro del sistema constitucional argentino, que cristaliza un ideal constitucional plural, compete en forma exclusiva y excluyente a los poderes constituyentes provinciales admitir o rechazar en la respectiva Constitución Provincial la posibilidad de reelección en el cargo de Gobernador y regular su alcance. El poder de adopción y de configuración jurídica de dicha determinación constitucional fundamental corresponde única y exclusivamente al Pueblo de cada Provincia. Se trata de una cuestión no delegada por las Provincias a la Nación.

Por lo expuesto, el sistema constitucional argentino admite diversos modelos posibles para que las constituciones provinciales realicen la organización de sus propias instituciones. Esta regla constitucional se aplica no solamente respecto del Poder Ejecutivo, sino también respecto del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Ello se deriva del propio artículo 122 de la Constitución, que prescribe expresamente que las provincias «Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal».

En función de ello, a lo largo de 170 años de historia constitucional, las Constituciones Provinciales han adoptado diferentes formas o modelos válidos para establecer la organización de sus instituciones. Por ejemplo, la conformación unicameral o bicameral del Poder Legislativo, la posibilidad de reelección de los legisladores provinciales y su alcance, la organización del sistema de control de constitucionalidad provincial y sus caracteres, la duración en el cargo de los magistrados judiciales superiores, así como también respecto de la posibilidad de reelección de los cargos de Gobernador de Provincia, Intendente Municipal y Concejales.

Con respecto al Poder Ejecutivo, las distintas provincias han seguido multiplicidad de modelos acerca de la reelección. Mientras algunas provincias no admiten la posibilidad de reelección inmediata en el cargo de gobernador, otras admiten la posibilidad de una reelección

¹² FERREYRA, Raúl Gustavo: "Sobre la reelección provincial indefinida. El caso de los Gobernadores", Diario Página 12, 24/05/2023.

inmediata, otras admiten la posibilidad de dos reelecciones inmediatas y finalmente, otras admiten la posibilidad de reelección sin limitar la cantidad de ocasiones que puede presentarse a elecciones para ser sometido a la consideración popular. Como se observa, existe una amplia variedad de modelos válidos y posibles que son seguidos por las Constituciones Provinciales.

El adoptado por la Constitución Federal Argentina tiene notables ejemplos en el derecho comparado. En este orden de ideas, principalmente, resulta útil remarcar que en los Estados Unidos de Norteamérica trece constituciones estatales permiten la posibilidad de reelección de sus gobernadores sin limitar la cantidad de períodos que pueden presentarse al escrutinio popular. Este ejemplo reviste muchísima relevancia, por varias razones. Primero, porque se la menciona como una de las democracias más antiguas y extensas del mundo. Segundo, porque en dicho país se sancionó en 1787 la primera constitución jurídica escrita en sentido moderno. Tercero, porque la Constitución de dicho país acuñó el régimen de gobierno de república presidencial y, precisamente, la forma de Estado federal. Cuarto, porque la constitución de ese país ha sido la fuente o una de las fuentes más importantes de la Constitución Argentina de 1853-60.

El artículo 132 de la Constitución de la Provincia de Formosa, reformada en el año 2003, establece que: “El Gobernador y el Vicegobernador durarán cuatro años en el ejercicio de sus cargos, y podrán ser reelectos”. Desde el punto de vista de la competencia y procedimiento para la reforma, se respetó la regla de cambio o mecanismo de reforma previsto por la Constitución Provincial de 1991. Desde el punto de vista del contenido, el art. 132 de la Constitución de la Provincia de Formosa no violó ninguna disposición de la Constitución Federal Argentina de 1994. Por lo tanto, es constitucional.

El sistema adoptado por la Constitución de la Provincia de Formosa en materia de elección y/o reelección del cargo de Gobernador de Provincia forma parte del ámbito constitucional reservado originariamente por las Provincias, no delegado al Gobierno federal, integrando la esfera constitucional decidible por las Provincias de conformidad con su autonomía federal republicana. Constituye la adopción de una determinación constituyente válida dentro del campo, territorio y/o margen de determinaciones válidas de los entes provinciales. Representa un ejercicio razonable del poder constituyente provincial, que no viola las reglas ni principios de la Constitución Federal Argentina ni de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional (CFA, art. 75 inc. 22).

En conclusión, el modelo adoptado por la Constitución de la Provincia de Formosa constituye una opción o alternativa válida dentro del sistema de la Constitución Federal Argentina. Es una opción constitucionalmente posible dentro del sistema constitucional argentino.

Por todo ello se concluye que, de constitución lata, el artículo 132 Constitución de la Provincia de Formosa constituye una norma dotada de validez dentro del ordenamiento jurídico constitucional argentino, coherente y armónica con el ideal constitucional democrático, representativo, republicano y federal. En definitiva, el Pueblo elige, con la más amplia libertad y sin proscripciones directas ni indirectas de ninguna especie.

FIDEICOMISO VS. REALIDAD ECONÓMICA ENCUADRE JURÍDICO . TRATAMIENTO IMPOSITIVO

Paula Andrea Zucchet*

Trabajo efectuado en el marco de la ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS- UNAM UNIVERSIDAD NACIONAL DE MISIONES

I. INTRODUCCIÓN: ENCUADRE TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO: FORMA JURÍDICA VERSUS REALIDAD ECONÓMICA.

El contrato de fideicomiso presenta, con una misma realidad jurídica varias realidades económicas, por lo que no resulta sencillo establecer normas tributarias que regulen dicho contrato. Además, el contrato de fideicomiso es de gran aceptación para desarrollar múltiples negocios por razones de índole económica, financiera y jurídica.

El tratamiento impositivo de estos múltiples negocios desarrollados a través del contrato de fideicomiso presenta razonables dudas de interpretación, tanto para la administración tributaria como para los contribuyentes; dudas que también se han hecho extensibles a los tribunales.

La resolución por vía del principio de la realidad económica de situaciones de alcance general denota un vacío normativo que no podría ni debería subsanarse a través de pronunciamientos interpretativos que tuerzan la letra de la ley.

Que, si bien es cierto que legislar sobre la infinidad de variantes que podría adoptar el contrato de fideicomiso generaría una legislación excesivamente casuística y hasta prácticamente imposible, una clasificación reglamentaria de las formas más utilizadas sería preferible a una interpretación carente de parámetros predeterminados.

Por lo tanto, creo que el tratamiento impositivo debe surgir con claridad de las normas legales que regulan los respectivos gravámenes o bien de normas específicas aplicables al contrato en particular. Por ello, aún aceptando la diversidad de casos puntuales potencialmente comprendidos en los negocios fiduciarios resultaría conveniente intentar una solución análoga a la de los contratos de leasing que cuentan con un tratamiento tributario específico (dto. 1038/00), eso sí, que dicha reglamentación no perjudique el tráfico, de modo que se terminen eliminando los beneficios que impulsaron su tipificación y utilización masiva.

Este Trabajo busca dar mayor certeza sobre el tratamiento Tributario ya establecido en las leyes y aquel que necesita de acuerdo al amplio desarrollo que ha tenido el fideicomiso en estos últimos tiempos.

II. DESARROLLO.

a). LA RELACIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA.

*PAULA ANDREA ZUCCHET Abogada egresada de la Universidad del Nordeste. Escribana Pública Nacional (Universidad de la Cuenca del Plata). Especialista en Tributación (Universidad Nacional de Misiones). Asesor Legal del Ministerio de Gobierno, Justicia, Seguridad y Trabajo de la Provincia de Formosa con afectación de servicios al Instituto de Colonización y Tierras Fiscales de la Provincia de Formosa.

1. EL FIDEICOMISO COMO CONTRIBUYENTE

El primer aspecto peculiar consiste en haberle conferido al fideicomiso personalidad a los fines tributarios, "...y si bien ha sido categorizado como un vehículo sin personalidad jurídica, en el ámbito del Derecho Fiscal, el fideicomiso posee personalidad tributaria como contribuyente en la medida en que realice hechos imposables, conforme ha sido explicitado por la doctrina..."¹.

Sin perjuicio de la responsabilidad tributaria atribuible al Fideicomiso o sus posiciones internas, según el caso, al encapsular un patrimonio separado, administrado por un fiduciario, no podemos soslayar la responsabilidad de este último por su actuación, la cual origina una serie de consecuencias derivadas de su categorización como responsable por el cumplimiento de la deuda ajena.

2. EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE TRIBUTARIO

De acuerdo con el régimen que adopta la ley 24.441 el fiduciario es el titular de la propiedad fiduciaria de los bienes que recibe a título de confianza. En tal carácter, se aproxima al contribuyente que realiza los hechos imposables previstos en las leyes fiscales en tanto y en cuanto, por ostentar la "propiedad fiduciaria" de los bienes fideicomitados, dispone de ellos "cuando lo requieran los fines del fideicomiso". Tiene -aunque limitadas- las facultades propias del carácter "absoluto" del dominio.

Sin embargo, el fiduciario adquiere la propiedad jurídica de los bienes pero vaciados de contenido económico, ya que el no goza del valor patrimonial o económico de los mismos. Mientras el fiduciario es el titular jurídico del derecho real sobre los bienes, el beneficiario o el fideicomisario tienen un derecho personal creditorio contra el fiduciario, que al hacerse efectivo cuando el fiduciario les transfiera los bienes los convertirá en propietarios plenos de los mismos y, en tal virtud, podrán disponer de ellos sin cortapisa alguna.

En razón de que el patrimonio fideicomitado no tiene en sí mismo personalidad jurídica, requiere de una persona que, en ejercicio de las facultades atribuibles al propietario de un bien, realice los actos encomendados por el fiduciante.

La reflexión precedente es lo que permitiría encuadrar al fiduciario dentro de la categoría de los responsables del cumplimiento de la deuda ajena, en su carácter de administrador de los bienes fideicomitados por los actos que realice en función del encargo.

El Poder Ejecutivo a través del **decreto Nro. 780 del año 1995**, dispuso (art. 10) que "quienes con arreglo a la ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedarán comprendidos en las disposiciones del art. 16, inc, e) de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y mod.) - actualmente inc. e) del art. 6 - por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos, deberán ingresar como pago único y definitivo del impuesto (a las ganancias) que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria ..."

El contenido sustancial del art. 10 del decreto 780/95 fue más tarde incorporado a la ley del impuesto a las Ganancias y a la del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, por la **ley 25063 (Boletín Oficial del 30-12-98)**, al incluir expresamente a los fiduciarios entre los responsables por deuda ajena.

La norma fiscal bajo comentario conduce a la consecuencia de que el titular de las obligaciones fiscales es el fiduciario quien, en su carácter de administrador de un patrimonio, está obligado a pagar el tributo al Fisco con los recursos que administra (art. 6, inc, e) de la ley 11.683, t.o.1998).

¹ PAPA, RODOLFO G; FIDEICOMISO; ED. ERREIUS; BS AS; 2017; Pag. 78.-

3. COFIDUCIARIOS

Aunque la ley 24.441 nada dice al respecto, la doctrina que ha abordado el tema se ha pronunciado por aceptar la coexistencia de dos o más fiduciarios para actuar en forma conjunta o alternada.

La concurrencia fiduciaria debe quedar claramente establecida en el contrato de fideicomiso, dado que el fiduciario (cualquiera sea su número) es parte del contrato junto con el fiduciante. Distinta es la alternativa de "sustitución" del fiduciario pues en esta hipótesis no habría concurrencia.

Si los cofiduciarios actúan conjuntamente, serán copropietarios fiduciarios de los bienes fideicomitados, sin dejar de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1674 del Cód. Civ. Y comercial, aplicándose en este supuesto las reglas generales del condominio. "...Asimismo, el nuevo código dispone que ninguno de los cofiduciarios puede solicitar la partición, de modo que hay una indivisión forzosa que imita los inconvenientes que presentaba el régimen de la Ley N° 24.441 que no contenía la referida previsión..."².

El contrato puede prever que la actuación conjunta de los cofiduciarios se desarrolle por especialidad, es decir, que a cada uno le corresponda atender una parte diferenciada del encargo. Siendo así, nos hallaríamos frente a una situación ajena al sistema de la solidaridad, pues a cada uno cabría imputarle responsabilidad por aquello a lo que se ha comprometido, siempre dentro del concepto de la responsabilidad subjetiva, debiendo responder personalmente y con sus propios bienes sólo por las secuelas que se deriven por su actuar culposo o doloso.

En la hipótesis que el contrato de fideicomiso prevea la actuación de un fiduciario y, además, de un cofiduciario, puede establecerse en el mismo que el primero se reserva la facultad de designar al cofiduciario para transferirle la realización de alguna de las tareas que le han sido encomendadas. En este caso, el convenio celebrado entre ambos formará parte integrante del fideicomiso, y dependerá del texto contractual el marco de responsabilidad que le compete a cada uno. En efecto, si se asignase al cofiduciario la función de liquidación y pago de los tributos, recaerá sobre éste la responsabilidad tributaria inherente, salvo que el fiduciario mantuviera con aquél una responsabilidad compartida, aunque sea subsidiaria o de mero control de gestión, en cuyo caso también le cabría al fiduciario responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo del fideicomiso, sin perjuicio de la cláusula de indemnidad que habitualmente se suele convenir en estas circunstancias, las que sólo tienen virtualidad entre las partes.

4. RESPONSABILIDAD PERSONAL Y SOLIDARIA DEL FIDUCIARIO

Le son de aplicación al fiduciario en el orden nacional, las prescripciones de los arts. 7 y 8 inc. a) de la ley 11.683 (t.o. 1998), que en armonía con el art. 6 inc. e) precitado, le imponen responsabilidad personal y solidaria por los incumplimientos en que pudieren incurrir, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, que pudieren derivarse de la administración del fideicomiso, salvo que acredite ante el organismo fiscal que el o los fiduciarios lo han colocado ante la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

El art. 55 de la ley 11.683 establece que son personalmente responsables de las penas de multa, como infractores de los deberes fiscales de carácter material o formal que les

² KIPER CLAUDIO M. Y SILVIO V. LISOPRAWSKI; TRATADO DE FIDEICOMISO -TOMO I y II; ED: ABELEDOPERROT; BSAS; 2016; Pag 86.-

incumben en la administración, representación, liquidación, mandato o gestión de entidades, patrimonios y empresas, los responsables enumerados en los primeros cinco incisos del art. 6, entre quienes se encuentran los administradores de patrimonios ajenos (dentro de los cuales ha quedado incluido, según se ha visto, el fiduciario).

La responsabilidad proclamada por las normas precitadas está referida tanto al cumplimiento de obligaciones sustanciales (pago de tributos) cuanto a los deberes formales (presentación de declaraciones juradas, etc.) que, para el eficaz cumplimiento del objetivo recaudatorio imponen las normas fiscales.

La falta de pago del tributo importa para dichos sujetos, en principio, la consecuencia de responder con sus propios bienes por la omisión sustancial, salvo que pudieren demostrar debidamente que se los ha colocado en la imposibilidad de cumplir. En punto a las sanciones pecuniarias derivadas de las infracciones incurridas, son personalmente responsables de las mismas.

En ambos casos (afectación de bienes propios por el tributo omitido, o por la multa) la AFIP-DGI ha pretendido darle a la responsabilidad un mero carácter objetivo, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo de la acción u omisión.

Este criterio es atacable desde mi punto de vista y el de la doctrina tributarista mayoritaria, en base a que el elemento subjetivo (culpa o dolo) debe estar presente en toda acción u omisión pasible de reproche, tanto en lo atinente a la obligación de pagar el impuesto (si del responsable por cuenta ajena se trata), cuanto a las sanciones pecuniarias (cualquiera sea el sujeto penalizado), lo que se ve corroborado por la mención expresa que hace el inciso a) del art. 8 de la ley 11.683 al propugnar que los efectos de la solidaridad cesan para el administrador cuando demuestre que lo han colocado en la imposibilidad de cumplir con sus deberes fiscales.

Por ello, si el responsable demostrase que no ha existido de su parte culpabilidad, la solidaridad presumida queda soslayada atendiendo, precisamente, a que la existencia del elemento subjetivo constituye un presupuesto implícitamente reconocido por la norma citada en último término.

Corresponde, asimismo, diferenciar la situación frente a las disposiciones tributarias en la que se encuentran los fiduciarios a la de otros responsables por la deuda ajena de la ley 11.683. En efecto, el art. 16 de la ley 24.441, establece que "los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos".

Se advierte del análisis comparativo de ambas leyes, que por la ley 24.441 el legislador ha querido dotar al fiduciario de mayores garantías, protegiéndolo de los riesgos propios de la ejecución del fideicomiso. Dichas garantías se verían seriamente afectadas si las normas del art. 8, inc. a) de la ley 11.683 se aplicaran a los fiduciarios pues siempre se encontrarían obligados ante el fisco, a pesar de un actuar diligente, a acreditar que el fiduciante los ha colocado ante la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones fiscales.

Por imperio de la ley 24.441, pues, la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones no le acarrea al fiduciario la amenaza de afectar su patrimonio personal para atender a eventuales agresiones del fisco, en tanto no se haya verificado culpa o dolo en perjuicio de este último.

Deja, sin embargo, la ley 24.441, abierta la vía para que la AFIP-DGI o cualquier tercero pudiera reclamar los daños y perjuicios que el fiduciario les hubiere irrogado, en tanto y en cuanto haya mediado una conducta culpable.

Dicha norma ratifica expresamente, por otra parte, que la restricción de la responsabilidad a la que alude su artículo 16 no ampara la actuación irregular culpable o dolosa en la ejecución del encargo, al imponerle al fiduciario (arts. 6 y 7) el deber de actuar respetando

la ley y con la prudencia y diligencia del "buen hombre de negocios", eliminando, además, toda posibilidad de dispensarlo contractualmente por su culpa o dolo.

El distingo señalado en punto al particular tratamiento que le da la ley especial al fiduciario, adquiere relevancia en materia probatoria, dado que consideramos que al no aplicársele a éste las disposiciones de la primera parte del inciso a) del art. 8, de la ley 11.683, en cuanto a que la demostración de la ausencia de culpa o dolo está a cargo del responsable, será la AFIP-DGI quien tenga siempre a su cargo su probanza para justificar la solidaridad mentada. Se evita, de tal modo, entrar en rípidas discusiones con el organismo fiscal a los fines de acreditar la ocurrencia de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

Resumiendo, la sanción de la ley 24.441 no deja dudas en cuanto a la necesidad de la ocurrencia del elemento subjetivo para generar la responsabilidad personal y solidaria del fiduciario.

5. LA DISPENSA CONTRACTUAL DE LA CULPA O DOLO

El artículo 7 de la ley 24.441 preceptúa que el contrato de fideicomiso no podrá dispensar al fiduciario de la "culpa" o "dolo" en que pudiese incurrir él o sus dependientes. Esta disposición parecería agravar la situación del fiduciario si se la compara con la de cualquier otro deudor en el campo de las obligaciones contractuales.

De cualquier modo, en el campo tributario, la inserción de una cláusula en el fideicomiso con pretendido efecto dispensatorio de la culpa a favor del fiduciario, además de nula sería irrelevante, en razón de que la misma no le sería oponible al Fisco (art. 37, D.R. de la ley 11.683).

6. ERROR EXCUSABLE

Para que el error sea eximente es menester que sea esencial e inculpable. Es esencial, cuando impide al autor conocer la antijuridicidad del acto pudiendo consistir en una falsa apreciación de los hechos o de las circunstancias que modifican la valoración que se haga de los mismos. Es inculpable, cuando se ha incurrido en él a pesar de haber puesto en la acción la normal diligencia requerida en la conducta de un buen hombre de negocios.

El derecho sustantivo distingue al error de hecho del error de derecho y el derecho penal común sólo concede expresamente poder de eximición al error de hecho.

El derecho tributario, en cambio, cuando prevé como causa de exculpación al error excusable, no distingue si éste debe ser de hecho o de derecho.

No existe duda de que el error de hecho, cuando es excusable es causa excluyente de culpabilidad. Donde, en cambio la doctrina se encuentra dividida es en punto al poder exonerante del error de derecho.

Formulada la distinción entre el error de derecho sobre la ley no penal o derecho tributario sustantivo y el error sobre el derecho penal, observamos que la doctrina equipara el error de hecho al que se incurre respecto de las normas del derecho tributario sustantivo, de modo que sería exculpable el error provocado por dificultades interpretativas acerca de las normas sustantivas por deficiente redacción de las normas prescriptivas, por jurisprudencia contradictoria, etc.

Los conflictos en los que puede verse involucrado el fideicomiso con los organismos fiscales pueden tener origen en diferentes causas. La interpretación de las normas fiscales en muchos casos es de difícil dilucidación, más aún frente a cuestiones novedosas que no se encuentran respaldadas técnicamente por doctrina o jurisprudencia que arroje luz sobre el asunto bajo análisis.

En tales supuestos, una interpretación sensata y por tanto reflexiva de la norma, apoyada en una hermenéutica racional que respete los métodos de análisis aceptados por la

técnica jurídica y en la que se tenga en cuenta prudentemente los elementos objetivos, conduciría a la configuración de un error excusable en la hipótesis de que el fisco o la justicia no convalidase en definitiva el criterio utilizado.

7. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación. El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor. Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.

Para la graduación de la culpa del fiduciario el "standard" a aplicar es el del "buen hombre de negocios", debiéndose tomar este parámetro para juzgar si aquél pudo haber evitado el daño por el "caso fortuito" actuando con la diligencia esperada en dicho "standard". En este aspecto, la ley 24.441 equipara al fiduciario, con razón, a los representantes y administradores de las sociedades comerciales al seguir el "standard" para ellos establecido por el art. 59 de la ley de sociedades 19.550 (que reemplazó al tradicional que imponía actuar como un buen padre de familia).

En materia tributaria, el art. 8, inc. a), última parte de la ley 11.683 exime de toda responsabilidad personal y solidaria "...a quienes demuestren debidamente a la AFIP que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales". Esta norma resulta igualmente aplicable a los fiduciarios por haber sido incluidos dentro del elenco de responsables por cuenta de terceros consagrando, de tal modo, una causal autónoma eximente de responsabilidad por fuerza mayor.

De tal modo, frente a una concreta imputación de un actuar culposo o doloso por parte del Fisco, el fiduciario podrá acudir a esta causal de exculpabilidad a fin de desvirtuar los cargos que aquél le pudiere formular.

El principio general es que las cláusulas de "indemnity" se encuentran prohibidas conforme surge del art. 1743 del Cod. Civil y Comercial. "...Se trata de una regla de orden público, indisponible por las partes..."³

b) EL FIDEICOMISO Y LA SIMULACIÓN. PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

Nos proponemos examinar ahora al contrato de fideicomiso, desde el punto de vista de la legitimidad de las formas empleadas al estructurar el contrato en relación con los fines perseguidos con su creación.

El fideicomiso, en cuanto acto jurídico, debe tener un fin lícito dentro del amplio marco de la autonomía de la voluntad contractual emergente del art. 1197 del Código Civil, limitada sólo por los principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral, a las buenas costumbres y a los derechos de terceros.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el fideicomiso, constituye un imperativo para el intérprete fiscal a los fines de prescindir de la apariencia

³ KIPER CLAUDIO M. Y SILVIO V. LISOPRAWSKI; TRATADO DE FIDEICOMISO –TOMO I y II; ED: ABELEDOPERROT; BS AS; 2016; Pag.383.-

formal cuando corresponda calificar al vínculo como un negocio en fraude de ley. Lo mismo puede decirse cuando el ropaje jurídico encubre un negocio lícito pero distinto al fin económico que las partes han tenido en mira realizar.

En el campo del Derecho Tributario la cuestión radica, precisamente, en el riesgo de apelar a esta figura para darle al negocio una forma jurídica que no se compadece con la realidad económica subyacente en el negocio real y, por lo tanto, de que no se configure con el contrato la cabal intención económica y efectiva de las partes.

La característica de la figura por su condición de negocio complejo deviene en la consecuencia de que por debajo del negocio "aparente" consistente en la transmisión fiduciaria de bienes por parte del fiduciario a favor del fiduciante, subyace la verdadera intención de las partes al celebrarlo. En consecuencia, al pretender determinar los efectos impositivos de este contrato no es posible contentarse con examinar las consecuencias fiscales de este instituto desde el punto de vista limitado de su apariencia formal, es decir, evaluando solamente su estructura jurídica y sus grandes rasgos conceptuales e incluso el rol de las partes del contrato y de los partícipes, sino que es necesario completar el análisis penetrando en el negocio subyacente a fin de merituarlo a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada impuesto le dan a ese particular negocio y a los actos que en razón del mismo el fiduciario está obligado a ejecutar como consecuencia del encargo fiduciario.

El intérprete está obligado a penetrar la corteza de la estructura formal del contrato para situarse en el núcleo del negocio y, recién desde allí, evaluar si la forma jurídica aparente se identifica con su finalidad económica.

En Alemania, Enno Becker contribuyó a incorporar en el ordenamiento tributario del Reich (Reichsabgabenordnung) el principio según el cual, para la interpretación de las leyes fiscales, debe tenerse en cuenta su finalidad. Tal como lo expresara el propio Becker, el propósito de la elaboración de tal principio fue el de acentuar la autonomía del derecho tributario y también evitar la evasión mediante la utilización de formas jurídicas que no se correspondieren con la realidad, con el objeto de encubrir el verdadero fin económico de los actos.

En nuestro país el principio de la realidad económica fue incorporado a la ley 11.683 (t.o. en 1988), a partir del año 1946 (arts. 1 y 2). El art. 1 consagra el principio de interpretación basado en el fin y la significación económica de las leyes impositivas y supletoriamente, en las normas del derecho privado, cuando por otro medio no pueda ser establecido el sentido y alcance de las normas tributarias. El art. 2, por su parte, establece que cuando las partes sometan los actos, situaciones o relaciones a formas que no sean las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, el intérprete prescindirá de estas formas y asimilará el acto, situación o relación a la figura que el derecho le aplicaría, atendiendo a la intención real de las partes.

Puede apreciarse que el propósito fundamental de la denominada interpretación económica es el de impedir la evasión tributaria mediante el empleo de formas jurídicas distorsionadas, lo que se hace evidente cuando se encubren las relaciones verdaderas dentro de un ropaje jurídico inadecuado.

En otras palabras, si la "intentio juris" coincide con la "intentio facti" (intención empírica) el negocio no es simulado. Si, en cambio, existiere divergencia entre ambas, el intérprete fiscal ha de atenerse a la "intentio facti".

La jurisprudencia Administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse con motivo de un fideicomiso "en garantía" sometido a consulta. En efecto, la Dirección de Asesoría Legal de la AFIP-DGI emitió dictamen No.20/96 del 10/4/96, opinando que, en el caso examinado, los bienes fideicomitados no configuran el sujeto tributario -patrimonio de afectación-, dado que

el fiduciario no asume el rol de administrador de tales bienes.

Según resultaba de la operatoria en su conjunto y de los instrumentos contractuales en particular, el único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir era el fiduciante, ya que él era el autor del proyecto y quien llevaba adelante el emprendimiento utilizando los medios financieros que le proporciona el fiduciario. Si bien al constituir el fideicomiso el patrimonio fideicomitado se transfirió en tal carácter al fiduciario, dicho fondo pasó a ser un instrumento que satisfacía los roles empresariales y los objetivos del fiduciante.

Durante la existencia del fideicomiso bajo examen, si bien el fiduciario tuvo la disponibilidad del fondo, fue al sólo efecto de aplicarlo a los fines de la concreción del proyecto que era precisamente el objetivo del fiduciante, a favor de quien, finalmente, se revierten los fondos excedentes al extinguirse el contrato.

Por ello, "la inexistencia de gestión empresarial y de objetivos propios en cabeza del fondo, lleva también a concluir que tratándose del fideicomiso en garantía tampoco concurre la figura del administrador del fondo, desde que no hay actividad alguna respecto de la cual deban realizarse actos de administración". La ausencia de una gestión de administración por parte del fiduciario, excluye a éste de las previsiones de la ley fiscal en punto a considerarlo administrador de patrimonios asimilado a los responsables por deuda ajena, dado que se da por supuesto que quienes ejerzan esta tarea estarán en posibilidad de cumplir ciertas funciones en razón de su conocimiento y protagonismo en negocios ajenos.

Por las razones expuestas, concluye que el patrimonio fideicomitado no constituye sujeto tributario y, por tanto, el fiduciario no era responsable en representación del mismo como contribuyente.

Diferente es el caso en otros tipos de dominio fiduciario en los que el fondo sí protagoniza roles empresariales y ostenta objetivos económicos propios, ya que en tales supuestos necesita de la gestión de un administrador para llevarlos adelante.

Hemos visto, pues, que el intérprete ha prescindido de las apariencias formales del contrato para aplicarle al caso el tratamiento fiscal correspondiente al "negocio subyacente".

1. LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE BIENES. FRAUDE E INEFICACIA DEL ACTO.

Dentro del marco del fideicomiso la transferencia de los bienes realizada por el fiduciante a favor del fiduciario a título de confianza impide que los acreedores puedan agredirlos, quedando dichos bienes protegidos de cualquier acción persecutoria. Esto es lo que dispone el artículo 15 de la ley 24.441, agregando que de este impedimento queda a salvo la acción de fraude para los acreedores del fiduciante.

En consecuencia, en caso de fraude, la transferencia fiduciaria no es oponible a los acreedores del fiduciante cuando los créditos son el producto de obligaciones contraídas con anterioridad a dicha transferencia.

El Fisco en su condición de acreedor del fiduciante, podrá atacar el fideicomiso celebrado en el caso que pudiere demostrar que se ha configurado un acto indirecto en su perjuicio.

Teniendo en cuenta que la existencia de perjuicio en contra de los acreedores constituye un requisito básico para la configuración del fraude, no se incurre en dicha figura cuando la disminución patrimonial que representa para el fiduciante la transmisión del bien a favor del fideicomiso, no lesiona el respaldo de los acreedores, por mantener el deudor suficientes bienes en garantía de su pasivo. Por idéntico fundamento, la transmisión del bien al fideicomiso para su posterior cesión a favor de un tercero a título gratuito, tampoco sería pasible de objeción en tanto se verifiquen los extremos señalados, por no darse los supuestos previstos en el art. 967 del Código Civil.

De igual modo, si el objeto del encargo fuera disponer de los bienes para obtener una contraprestación económica equivalente, en virtud de la disposición de los bienes que realice el fiduciario a favor de un tercero (negocio subyacente oneroso) la transmisión fiduciaria podría, en principio, ser oponible a los acreedores por la ausencia de perjuicio. Sin embargo, aun mediando tales circunstancias podría verificarse el fraude si la transmisión fiduciaria del bien pretende afectar las posibilidades de una ejecución inmediata del mismo por parte de sus acreedores, situación que podría darse en el caso de que el plazo de vigencia del contrato de fideicomiso se extendiese más allá de aquél en el que opera el vencimiento de las acreencias.

Por otra parte, de conformidad con los artículos 118 a 120 de la ley de Concursos y Quiebras (24.522), el contrato de fideicomiso celebrado en el período de sospecha que perjudicare a los acreedores del fiduciante fallido, puede ser declarado ineficaz respecto de los mismos. En el caso que el fiduciario conociese el estado de cesación de pagos, podría presumirse que ha sido cómplice en el fraude del deudor (art. 969 del Cód. Civ.), derivándose de ello consecuencias civiles y penales en su contra.

Deberá meritarse cada caso a fin de ponderar la manera de evitar incurrir en riesgos de este tipo, teniéndose presente que las convenciones contractuales no dispensan la actuación culposa o dolosa.

Una cuestión a considerar es la relacionada con el perfil del fiduciario en cuanto al desempeño habitual que realice en el mercado en tal carácter (tal el caso de las entidades financieras), pues el ejercicio corriente de su actividad como tal lo hace más vulnerable frente a situaciones como las comentadas en atención a la cantidad y diversidad de las mismas. Su condición de profesional en la materia le ofrece la oportunidad de administrar profesionalmente su gestión, procurándose los medios de información necesarios para asegurarse frente a casos de dudosa legitimidad (arts. 902 y 909 del Cód. Civil).

2. INSOLVENCIA FRAUDULENTA

La Ley Penal Tributaria y Previsional (24.769) ha incluido en su art. 10 al delito de insolvencia fiscal fraudulenta como tipo infraccional sancionado con prisión de dos a seis años, reprimiendo a quien habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacionales, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones. Esta norma es una adaptación de otra similar tipificada por el Código Penal (art. 179, segundo párrafo) y que, previamente, había sido incorporada a la ley 23.771 (art. 9).

Según se observa, la figura penal pide dos elementos objetivos básicos: a) Que se haya iniciado un procedimiento administrativo o judicial y b) Que se provoque o agrave la insolvencia propia o ajena, frustrándose en todo o en parte el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la seguridad social o el derivado de la aplicación de sanciones pecuniarias.

A lo cual cabe agregar que el autor, habiendo tomado conocimiento de la iniciación de tales procedimientos, tuvo la intención de no cumplir con dichas obligaciones, configurándose, así, la existencia de dolo.

Los medios comisivos empleados para incurrir en el tipo penal no están especificados en la descripción de la figura, entendiéndose que resultan comprensivos todos los hechos o actos jurídicos perfeccionados con el objeto de destruir, inutilizar, disminuir el valor, ocultar o perjudicar de cualquier manera los bienes materiales o inmateriales que componen el patrimonio del contribuyente, incluyéndose las acciones engañosas, simuladas y los ardises efectuados para exhibir un desplazamiento patrimonial ficticio e, inclusive, real, en donde la

verdadera intención es la de hacer imposibles los pagos y el cumplimiento de las obligaciones descritas en el tipo antijurídico.

Por vía de ejemplo, un contrato de "fideicomiso de administración" que ocultara la verdadera intención que tuvieron las partes al celebrarlo, y del que haya evidencias de que el fiduciario no realiza efectivamente las tareas de administración previstas en el encargo, que las expensas que inciden sobre el bien continúan siendo abonadas por el fiduciante, etc., podrían inducir al Fisco a sospechar que el acto se ha perfeccionado realmente con el objeto de eludir la amenaza de responder con el bien fideicomitado por deudas tributarias, de la seguridad social o multas.

Las presunciones precisas, asertivas y concordantes que conduzcan a la calificación lógica y razonable de que el negocio no existe, importan la consecuencia de calificar al contrato como negocio simulado.

Nos hallaríamos frente a la presunción de insolvencia fiscal fraudulenta, según hemos visto, aun cuando los deberes y obligaciones emergentes del fideicomiso celebrado se estuviesen cumpliendo puntillosamente, y no existiesen presunciones que inviten a pensar que el acto es simulado, pero, en cambio, pueda probarse que las partes se han valido de ese medio para ocultar el patrimonio del contribuyente e imposibilitar el cumplimiento de aquellas obligaciones, mediante la actividad dolosa desplegada a tal fin.

c) SUTRAMIENTO EN LOS DISTINTOS IMPUESTOS PROVINCIALES

a) IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

Muy pocas legislaciones locales han incorporado al fideicomiso como sujeto del impuesto sobre los ingresos brutos y esto se debe realizar con mucho cuidado para que no quepan dudas respecto de la imposibilidad de que exista doble imposición gravando las transferencias entre las distintas partes del contrato.

Que, el impuesto grava las múltiples transferencias de dominio que pueden darse entre los sujetos del gravamen.

Que, gravar las transferencias a título de fiducia y las que se producen del fiduciario al beneficiario y/o fideicomisario en ausencia de transferencia onerosa y definitiva de dominio de bienes atentaría contra el uso del instituto analizado, creado como sujeto sólo por razones prácticas de recaudación.

Este impuesto de carácter local que recae sobre el ejercicio habitual de una actividad a título oneroso sin importar el propósito de lucro, el resultado obtenido, ni la naturaleza del sujeto que la realice.

La principal razón para alcanzar al fideicomiso como sujeto es de tipo práctico: recordemos que el fideicomiso es un contrato y el patrimonio autónomo no realiza actividades per se sino que quien las realiza es el fiduciario

Por ejemplo, en Córdoba el concepto de transferencia de dominio fiduciario se considera no oneroso y le otorga validez legal y exime los ingresos atribuibles a los fiduciantes cuando también son beneficiarios.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires su artículo 13 del Código Fiscal, punto 6) establece contribuyentes a los fideicomisos que se constituyan de acuerdo a la ley 24441, excepto los constituidos con fines de garantía.

El artículo 158 establece con relación a la base imponible que los ingresos brutos obtenidos y la base imponible del gravamen recibirán el tratamiento tributario que corresponda a la naturaleza de la actividad económica que realicen, o sea, es importante definir la actividad que se lleve a cabo con el patrimonio fideicomitado.

Por lo tanto, vemos que en la Ciudad de Bs. As no se encuentran exentas las

transferencias del fiduciante al fideicomiso, por lo cual al crearse un ente económico intermedio se produce una duplicación en la gravabilidad de un mismo hecho económico. Igual situación vemos en la Provincia de Formosa:

CODIGO FISCAL FORMOSA- Ley N° 1589- Art 167.- Art. 230.- Art. 231

b) IMPUESTO DE SELLOS

Que, el impuesto de sellos grava, entre otras cosas, la transferencia de dominio a título oneroso e instrumentada de bienes en general y en la Ciudad de Buenos Aires, únicamente de inmuebles. He aquí las dos condiciones básicas: onerosidad e instrumentalidad.

Por definición la transmisión fiduciaria de bienes del fiduciante al fiduciario no se realiza a título oneroso sino a título de confianza. Del mismo modo, la transmisión final de los bienes que integran el patrimonio fideicomitido son entregados del fiduciario al fideicomisario no a título oneroso sino en cumplimiento del mandato otorgado. Si nos quedamos con esto ninguna transferencia fiduciaria estaría gravada dado que no existe onerosidad.

Donde sí puede haber onerosidad en relación entre el fiduciante y el fideicomisario es cuando los bienes que entrega el fiduciante serán luego recibidos por el fideicomisario pero para que ello suceda este último debe realizar cualquier tipo de contraprestación (ya sea que esta contraprestación sea recibida por el fiduciario quien luego se la entrega al fiduciante-beneficiario, ya sea que sea recibida por el fiduciante sin pasar por el fideicomiso), estamos frente a una realidad económica subyacente de manifiesta onerosidad. Esto nos lleva a pensar que al menos una de las transferencias (cuando entra al patrimonio fideicomitido o cuando sale de él) debería tributar el impuesto de sellos. Claro que esto no es lo que surge del principio de instrumentabilidad que rige al gravamen: "con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes".

En la provincia de Formosa el instituto (contratos de fideicomiso) es alcanzado por el Impuesto a las Ganancias (salvo en caso de coincidencia de las figuras de fiduciante y beneficiario) como una sociedad de capital y también por el IVA y en el orden provincial resulta sujeto del Impuesto a los Ingresos Brutos.

Sin embargo, han surgido criterios divergentes respecto del Impuesto de Sellos, en tanto que resulta materia opinable la onerosidad de los actos, pese a la transmisión de derechos reales en ciertos casos. Que conforme lo normado por el art. 137° in fine y 140 inc. a) del Código Fiscal, como también la notable importancia de los actos cumplidos bajo la figura del fideicomiso, imponen en principio la necesidad de resguardar mediante consulta previa la pertinencia del Impuesto de Sellos a quienes actúen como fiduciarios y/o notarios públicos que intervengan en dichos actos. Que ello es conteste a las soluciones legales arribadas por el Tribunal Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires en el caso Grupo República S.A. en el que se considerara que la transferencia de dominio imperfecto (el fideicomiso) está dentro del ámbito de la ley de sellos, o en su caso, lo sentado por tribunales en la Provincia de Buenos Aires, donde se ha concluido que si bien el fideicomiso es un acto a título de confianza, en principio ni gratuito ni oneroso, pero que según la naturaleza del contrato, si el fiduciario percibe una retribución por la gestión que le es encomendada, resultaría materia imponible en el ámbito del Impuesto de Sellos. Que bajo las consideraciones vertidas, la Dirección General de Rentas expresará resolución en cada caso particular mediante trámite sumarísimo, presumiéndose la onerosidad en caso de no haberse evacuado la consulta previa. Se colige de la lectura de los considerandos, la existencia de una gran duda por parte de la Dirección acerca de la gravabilidad de los contratos de fideicomisos, en sus diferentes vertientes y variantes, y el alcance, incluso, de la presunta gravabilidad, si la hubiera. Es decir, si alcanza a las transferencias fiduciarias o sólo a la retribución del fiduciario o partícipes de los fideicomisos o

a ambas. Frente al dilema señalado, el Fisco formoseño opta por una alternativa atípica, es decir, no lo resuelve con el dictado de una norma general interpretativa, como lo han hecho otros fiscos, si no apelando a una pretendida solución casuística, al establecer la obligatoriedad de someter a consulta en cada caso a los contratos de fideicomisos que se celebren en la Provincia o produzcan efectos en ella. Dicha pretensión, excede el marco normal de facultades que el Código Fiscal le atribuye al Director de Rentas, en tanto al liquidarse el impuesto de sellos por el sistema de autoliquidación por parte de los contribuyentes y responsables, éstos asumen bajo su responsabilidad la liquidación del gravamen. En tal sentido, la imposición de una obligación formal de hacer, de tales características, trastoca el sistema de liquidación implementado por la ley, por un lado, con afectación al derecho de legalidad en la tributación; y por la otra, importa imponer a los contribuyentes y responsables obligaciones excesivas, en desmedro del secreto profesional y a la privacidad en orden a la emisión o celebración de actos volcados en papeles privados entre partes. Se añade a ello, para el caso de los fideicomisos financieros que hagan oferta pública de los títulos de deuda o certificados de participación, que el Fisco tiene a su disposición información relativa a la existencia de este tipo de contratos, sin que se justifique obtener información alternativa dirigida al mismo objetivo, por medio de institutos altamente cuestionables desde un enfoque legal y constitucional. Además, en los fideicomisos financieros celebrados en extraña jurisdicción, especialmente en la Ciudad de Buenos Aires, las cesiones fiduciarias de los créditos se celebran en la Ciudad de Buenos Aires, y las mismas se agotan en su contenido entre las partes en dicha Ciudad, lugar donde se encuentran radicados físicamente los créditos transferidos. Dicha circunstancia, inhibe la competencia territorial al fisco formoseño para exigir este tipo de obligaciones a las partes intervinientes. En cuanto a la actividad que lleva a cabo el fiduciario y su eventual retribución, la misma, como principio general, se lleva a cabo en extraña jurisdicción a la Provincial, razón por la cual, tampoco se observa actividad que pueda quedar bajo la órbita de competencia territorial formoseña. El fisco impone una sanción de tipo procesal, para quienes incumplieran con la obligación formal relativa a la consulta del contrato, y ella radica en que se presumirá oneroso. Dicha resolución, constituye un claro exceso reglamentario. En primer lugar, el alcance de la presunción incorporada, debe necesariamente admitir prueba en contrario. El fisco formoseño no puede llegar al extremo de establecer una presunción “iure et iure”, pero igualmente, su iniciativa queda atrapada dentro del ámbito de la arbitrariedad y de la ilegalidad, y condenada fatalmente a su ineficacia, según se verá. En efecto, las presunciones en el orden tributario, debe ser razonables, es decir, debe haber un vínculo de necesaria razonabilidad entre el hecho conocido y el presumido, que justifique la existencia de la presunción misma. En el caso puntual bajo análisis, la ausencia de la consulta, importa un hecho (negativo) que carece por sí mismo de toda relevancia en orden al carácter oneroso o no del contrato de fideicomiso celebrado. La técnica consistente en apelar a las presunciones legales, queda legitimada en la ausencia de elementos reveladores del hecho que se desea establecer. Sostener lo contrario, es decir, que el Fisco pueda sin más aplicar lisa y llanamente las presunciones, a pesar de no poder demostrar la virtualidad del hecho desconocido, importa situar los caballos detrás del carro, con el único propósito de colocar la prueba en cabeza del contribuyente, en vez de investigar adecuadamente la naturaleza de la hipótesis de incidencia tributaria de manera de precisarla con exactitud tal que haga innecesario acudir a la presunción. La circunstancia que la ley admita la prueba en contra no es solución suficiente para impedir la lesión al derecho de defensa por la inversión de la carga de la prueba y la necesidad de probar un hecho negativo. En esta hipótesis la determinación de oficio sobre la base de las presunciones legales no estará legitimada y así debería declararlo la justicia. La desconexión señalada resulta así a todas luces manifiesta, y por lo tanto, la conclusión a la que arriba se sitúa claramente dentro del ámbito de lo ilegal. La

presunción así introducida, aún interpretada dentro del ámbito de lo sancionatorio, adolece también del mismo defecto, porque tanto el Director de Rentas como sus inspectores, deben aplicar la ley y la búsqueda consecuente de la verdad objetiva subyacente en el contrato, y en dicho contexto, si el contrato aportado exhibe carácter no oneroso, esa realidad debe imponerse sobre cualquier premisa, prejuicio o presunción, y ser reconocida por el organismo fiscal, sin que pueda invocar al efecto la ausencia de consulta como fundamento de imposición. La presunción señalada, ni en sede administrativa, podría justificar desde el plano jurídico, un criterio de imposición, habida cuenta que el Fisco, ante el tenor del contrato debería justificar los motivos o razones de derecho que a su juicio podrían llegar a dar lugar a la imputación sólo en función de criterios generales y nunca en base de una presunción sujeta a una obligación de hacer, ajena a todo criterio de imposición. Se advierte así, la ineficacia que denota el régimen, en tanto la DGR formoseña se atenga a los principios constitucionales en vigencia en un Estado de Derecho como lo es el vigente en la República Argentina. En cuanto a la estrategia a observar en el caso concreto, por los argumentos expuestos consideramos que la norma en cuestión, instituye un régimen de consulta obligatoria de naturaleza ilegal; por lo que el mismo no debería ser cumplido por los fideicomisos ni por los agentes de retención escribanos, etc, atendiendo fundamentalmente a la falta de eficacia de la pretendida inversión de la carga de la prueba acerca de la onerosidad del contrato no consultado.

El Tribunal Fiscal de la Nación ha dicho

“...Nótese sobre esta particular materia que el Tribunal Fiscal de la Nación había interpretado, en un caso sometido a su competencia, que la transferencia del dominio bajo el régimen de la Ley N° 24.441 no podía ser asimilada a una transferencia del dominio clásico, por lo cual resolvió que la transferencia de la propiedad fiduciaria de una unidad funcional con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un tercero, no se encontraba gravada por el impuesto del sello, toda vez que mediante dicho negocio jurídico no se había producido una transmisión del dominio...”⁴.-

III- CONCLUSIÓN

Con la sanción de la ley de fideicomiso se comenzaron a suscitar las controversias sobre la forma de tributación de esta figura y sus integrantes. Desde el nacimiento del contrato se le formularon críticas por su supuesta propensión a evadir tributos y ser utilizada precisamente con esos fines. Esto hizo que el organismo fiscal persiguiera quizás en exceso a los fideicomisos y haya arribado a soluciones contradictorias ante planteamientos cuyos supuestos eran similares.

A través del presente trabajo se logró aclarar que el fideicomiso no es sujeto de derecho, sino que se trata de un contrato; pero si lo es desde el punto de vista fiscal, por lo que debe inscribirse, obtener el CUIT y cumplir con normas impositivas tales como el deber de información, entre otras. Asimismo, se concluyó que el Principio de la Realidad Económica interviene en cada aspecto de la figura en cuestión, justamente por su joven tratamiento legislativo, su complejidad y porque es un sujeto en el que intervienen varios protagonistas.

Se reflexionó también el impacto de esta figura sobre impuestos locales, a fin de invitar al inicio de un estudio, meditación y porque no una modificación impositiva de ser necesaria para abordar esta circunstancia. -

⁴ Sud Inversiones S.A. S/ Recurso de Apelación; TFN, Sala D; 13/07/2011.-

IV. BIBLIOGRAFÍA

- 1- KIPER CLAUDIO M. Y SILVIO V. LISOPRAWSKI; TRATADO DE FIDEICOMISO – TOMO I y II; ED: ABELEDOPERROT; BS AS; 2016.-
- 2- PAPA, RODOLFO G; FIDEICOMISO; ED. ERREIUS; BS AS; 2017.-
- 3- FIDEICOMISO. Aspectos Jurídicos, tributarios y contables”. Errepar. Primera Edición. Bs As; 2006.-
- 4- ETCHEVERRY, Raul A.; El fideicomiso como contrato Asociativo; BS AS; 2002.-
- 5- FARINA JUAN M.; Contratos Comerciales modernos; Astrea; Bs As; 1994.-
- 6- BUERES ALBERTO J.- HIGHTON Elena; Código Civil y Normas complementarias; Analisis doctrinario y jurisprudencial; Hammurabi; BS. AS. 2005.-



“Ahora más que nunca y en adelante, estamos todos en 'el mismo barco'”¹

NOCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS NORMAS QUE SE DICTARON PARA CONTENER Y MITIGAR LA EXPANSIÓN DE LA PANDEMIA DE COVID-19

María Alejandra de Madariaga*

El presente trabajo tiene por objeto analizar las normas dictadas por el Estado a nivel local en el año 2.020 para contener y mitigar la expansión de la pandemia de la enfermedad causada por el virus identificado como COVID-19, y contrastarlas con hipotéticos casos de demandas por daños y perjuicios, con el objetivo de hacer un aporte de criterios para una equitativa resolución.²

Las normas objeto de análisis se dictan en un contexto caracterizado por su alcance planetario y por la cantidad de información científica producida desde que se desarrolló el riesgo en China, a fines de 2.019. Los autores coinciden en definir la situación como excepcional.³

El punto de partida es la pregunta ¿el Estado estaba obligado a dictar estas normas? La respuesta es afirmativa a la luz de las atribuciones constitucionales y el principio precautorio.

Afirmada la obligación del Estado de dictar normas que tienen por efecto la restricción de algunos derechos, surge la segunda pregunta ¿el Estado debe responder por los daños que genera esta actuación lícita? La respuesta a la luz de las normas, jurisprudencia y doctrina es

* MARÍA ALEJANDRA DE MADARIAGA. Directora de Asesoramiento de Personal de la Secretaría Legal y Técnica del Poder Ejecutivo- Provincia de Formosa; Especialista en Derecho Administrativo (UNNE); Diplomado Post-Magistral de Derecho Administrativo Profundizado (Universidad Austral). Maestrando en Maestría en Política y Gestión de la Discapacidad e Inclusión Social (UGR). Profesorado Universitario en curso (UGR).

¹ Dominic Desroches, en “Gestión del Riesgo y Aceleración del Tiempo” en La Humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales. Innerarity D. y Solana J. (eds)- Paidós-Madrid, 2011. Pág. 47.

² Adelantamos nuestra conclusión de postular soluciones acordes a la naturaleza del derecho debatido aun cuando no existan normas positivas protectorias.

³ Han caracterizado el panorama actual como “incierto” (CICERO N., “La pandemia del coronavirus y la responsabilidad estatal: escenarios actuales y futuros” La Ley 24/08/2020, AR/DOC/2671/2020); como una “problemática por demás compleja y de aristas múltiples, generada por una crisis sanitaria de ribetes excepcionales” (PERRINO P. – SANGUINETTI J. “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, en La Ley RDA 2020-130, 04/08/2020, 220, AR/DOC/2343/2020). Las normas generales “no dan una respuesta específica ni clara a las cuestiones que plantea una crisis tan insólita como la que estamos experimentando, pues no han sido pensadas para semejantes situaciones (...) Esta crisis y las medidas adoptadas para hacerle frente son tan extraordinarias que resulta sumamente complicado encontrar en la jurisprudencia de nuestros Tribunales sentencias dictadas en casos análogos que proporcionen una base firme sobre la que podamos apoyarnos con seguridad” (DOMÉNECH PASCUAL G. “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA GESTIÓN DE LA CRISIS DEL COVID-19” publicado en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N°. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), págs. 102-109).

negativa. Aún ante los planteos sobre la previsibilidad de los daños y la ausencia del deber jurídico de soportarlos, no se configuran los presupuestos de la responsabilidad estatal.

Sentadas tales reglas generales, sin embargo, hemos de concluir que el Estado responde por su actuación lícita en aquellos casos en que se demuestre la existencia de un sacrificio especial diferenciado de carácter excepcional. La regulación sanitaria ha ido creando grupos de actividades permitidas y de actividades prohibidas, por lo que a los fines de analizar el factor de atribución del sacrificio especial y sortear a su vez el valladar del deber jurídico de soportar el daño, el caso debe ser la excepción en la excepción, es decir, el ejercicio del poder de policía sanitario desplegado por la emergencia debe causar un daño diferenciado del resto de las personas incluidas en el mismo grupo de actividades prohibidas o reguladas con diversos protocolos.

Esto nos lleva a sostener que el juez ante demandas contra el Estado por daños derivados por su actuación lícita durante la pandemia deberá efectuar una especial ponderación en cada caso concreto, tomando especialmente en cuenta aquellas situaciones de vulnerabilidad que merezcan una respuesta equitativa. Además, hemos de advertir la necesidad de prudencia judicial para que las sentencias no constituyan una sustitución de la autoridad instituida por la Constitución para decidir sobre la materia.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

La ley de Presupuestos Mínimos de protección Ambiental, N° 25.675, establece en su art. 4° los principios de la política ambiental, y entre ellos se refiere al principio precautorio en los siguientes términos: “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.⁴

Desde el punto de vista del análisis de la razonabilidad de un acto administrativo en orden a su necesidad⁵, cuando todas las alternativas están claramente definidas ante el decisor la

⁴ Por su parte el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) expresa que: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”

⁵ Se ha dicho que uno de los subprincipios de la razonabilidad es el de necesidad. Desde esta perspectiva, la evaluación de la necesidad de una intervención restrictiva de derechos convoca un análisis de eficiencia. En este sentido, se sostuvo que es equiparable al óptimo de Pareto, en teoría económica, según el cual una situación es eficiente sin desmejorar la posición de otro (conf. Sofía Lourdes Bonel Tozzi en “Responsabilidad del Estado, entre la licitud e ilicitud de la regulación. A propósito del aislamiento ante el COVID-19” publicado en el Dial el 31/08/2020. elDial.com – DC2BDB). Frente a esta afirmación nos preguntamos si, en el modelo propuesto, una medida puede ser eficiente pero inequitativa. “El conflicto entre la eficiencia y la equidad es una de las cuestiones más profundas relacionadas con los valores a las que se enfrenta la sociedad (...) No existen respuestas correctas a este respecto. Se trata de cuestiones normativas a las que responden los votantes democráticos o los planificadores autocríticos en el terreno político. La economía no puede decir qué medidas debe tomar un gobierno para mejorar la equidad, pero puede aportar algunas ideas sobre la eficiencia de las diferentes medidas posibles que influyen en la distribución de la renta y del consumo” (conf. Samuelson P.A. y Nordhaus W.D. Economía. Decimocuarta Edición. Ed. McGraw-Hill. Madrid, España, 1993. Pág. 185). La economía no puede tomar estas decisiones. Los jueces ¿podrían tomar estas decisiones en base al texto constitucional de los Estados

respuesta parece decantar conforme al curso normal y previsible de las cosas. Un juez al analizar si otorga o no una medida cautelar para prevenir un daño tiene a la vista un caudal probatorio que le permite afirmar con un específico grado de certeza que el daño va a producirse, concluyendo en la necesidad de su intervención. En la misma situación puede hallarse el administrador o funcionario decisor, y entonces estamos en condiciones de juzgar la licitud por la inexorable obligación de actuar para evitar el daño y en la opción por la alternativa menos restrictiva de derechos. A esta zona la podemos llamar “zona de peligro de daño”.⁶

La precaución, en cambio, actúa en la zona del riesgo⁷. Las medidas precautorias se toman para evitar entrar en la zona peligrosa. El principio reconoce que hay límites al conocimiento humano, que hay incertidumbre y obliga a tomar los recaudos necesarios para evitar o disminuir los riesgos⁸. La precaución no opera en el ámbito de la causalidad sino de la incertidumbre.

Esta idea aplicada al riesgo representado por la expansión del nuevo coronavirus a nivel planetario implicaba que los Estados opten por el aislamiento y por la disminución de la actividad humana a niveles mínimos necesarios. En el ámbito del derecho ambiental, ante la imposibilidad científica de determinar si una actividad es inocua para el ambiente la prohibimos precautoriamente – en función siempre de los costos⁹; de esta forma ante la grave amenaza de un daño grave o irreversible consistente en la saturación de los sistemas sanitarios poniendo en peligro la vida de la población, los Estados decidieron entrar en cuarentena.

La razonabilidad de la actividad del Estado en la aplicación de medidas de política sanitaria debe ser analizadas desde este punto de vista del principio precautorio, ante el cual son medidas de carácter lícito. La ilicitud de la actuación estatal surgiría de la omisión de actuar.

En nuestra opinión, tanto la obligación del Estado de actuar, como su responsabilidad por la omisión¹⁰, pueden extraerse del texto constitucional¹¹. Los derechos a la salud y a un medioambiente sustentable tienen su raíz fundamental en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional, que refieren al derecho a un medio ambiente sano, apto para el

Sociales y Democráticos de Derecho?

⁶ Bibiloni H. J. El proceso ambiental – 1º ed. – Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005. Pág. 43.

⁷ Riesgo no significa catástrofe. Riesgo significa la anticipación de la catástrofe. En los riesgos globales, la lógica de la compensación es sustituida por el principio de precaución. Debemos generalizar una regulación ex ante que permita prevenir lo que no es posible sanar, anticipar antes que reaccionar, impedir y no tanto corregir. (Conf. Innerarity y Ulrich Beck, en Innerarity ob. Cit, págs. 16, 23).

⁸ Bibiloni H.J. ob. Cit.

⁹ Ambientales, sociales y económicos, relacionados con las concretas posibilidades de cada sociedad.

¹⁰ En la bibliografía revisada tanto Uslenghi, desde el derecho administrativo, como Cossari, desde el derecho ambiental, recuerdan la opinión de la Dra. Kemelmajer en el caso “Torres” al analizar el art. 1074 del Código velezano y sostener que solamente se refería a los daños por “omisión simple” y no la comisión por omisión. La primera se refiere al supuesto en que existe una norma que obliga a actuar y el sujeto no actúa; la segunda en cambio refiere al caso en que no hay una norma expresa que lo obligue a actuar, pero el sujeto omite hacer lo que se esperaba que hiciese. Sobre esta distinción Uslenghi opta por enfocar el análisis de la omisión estatal en el marco de la omisión simple (v. Uslenghi A.J. La Responsabilidad del Estado por omisión; en Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley N° 26.944. RAP AÑO XXXVII N° 437, Febrero de 2015. Pág. 170. Y Cossari N. G. A. en Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental. Cafferata N.A. – 1º Ed.- Buenos Aires: El Derecho, 2007. Pág. 75).

¹¹ El art. 1765 del Código Civil y Comercial determina que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y

desarrollo humano, a la protección de la salud y a la obligación de las Autoridades a proveer a la protección de estos derechos¹². Desde esta perspectiva, una Administración prudente, ante la amenaza de la expansión a su territorio de una enfermedad que puede colapsar su sistema sanitario poniendo en riesgo la vida de la población se encuentra obligada a actuar, prohibiendo, restringiendo o regulando las actividades humanas, siempre en función de los costos (sociales y económicos) que las medidas impliquen¹³.

Ante tales prohibiciones, restricciones y regulaciones del ejercicio de los derechos, adelantamos nuestra conclusión sobre la necesidad de evaluar cada caso en concreto, a la luz del principio de igualdad¹⁴ ante las cargas públicas, para determinar si existe, excepcionalmente, responsabilidad del Estado o si es viable alguna solución equitativa.

2. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RESPONSABILIDAD LÍCITA

El 11 de marzo del año 2.020 la OMS llegó a la conclusión de que el COVID-19 puede considerarse una pandemia¹⁵. El Acta de Reunión del Comité de Emergencia sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19) convocado por el Director General de la OMS, de fecha 29 de octubre de 2.020 se deja constancia que el Comité acordó por unanimidad que la pandemia sigue constituyendo un evento de carácter extraordinario y un riesgo en materia de salud pública para los demás Estados a través de la propagación internacional y continúa requiriendo una respuesta internacional coordinada.

principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. En función de ello no es procedente la aplicación por analogía de los artículos 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial sobre prevención del daño, sino los artículos los artículos 41, 42, y 75 inciso 19 de la Constitución Nacional, que determinan la obligación del Estado de actuar – políticas activas en materia de protección de la salud- y del art. 16 de la Constitución Nacional. En relación a esta última norma se ha señalado que “un importante aspecto del principio de solidaridad y convivencia sustenta la teoría del sacrificio especial, desde aun no habiendo actuado la Administración ilícitamente sí se supone que lo hizo en la búsqueda del bien común. Por lo tanto, justo es considerar que la comunidad debe estar dispuesta a salvar el desequilibrio que se produjo en las cargas públicas, cuando alguno de sus miembros debe soportarlas en mayor medida que los demás y sin justificación alguna. Sin embargo (...) el fundamento de la existencia de un sacrificio especial en un particular o grupos de personas tiene la virtud de mostrar la verdadera esencia de la responsabilidad del Estado en general (no solo la derivada de actos ilegítimos), en el sentido de que no estamos responsabilizando solo al gobierno de turno en ese Estado sino a toda la comunidad en su conjunto” (conf. Nallar D. Responsabilidad del Estado por Actividad Legítima, en RAP ob. Cit. Pág. 84).

¹² El art. 42 2º párrafo dice “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos”, es decir se establece la obligación de una política activa, no abstencionista.

¹³ El fin deberá ser siempre la normalidad, constituyendo la emergencia por definición una situación transitoria. Al final de esta historia debería poder evaluarse la proporcionalidad de las acciones en función de los costos sociales y económicos, y del tránsito a una “nueva normalidad” en un contexto seguro para la salud de la población.

¹⁴ Como dijéramos en la introducción, las restricciones generaron distintos conjuntos de actividades habilitadas y no habilitadas. Si por caso, se hallara que un grupo particular, que, examinado con criterios objetivos y científicos, se hallaba en condiciones de estar “habilitado” ¿podría presentarse una afectación al principio de igualdad ante las cargas públicas?

¹⁵ Conforme información publicada en el sitio web de la Organización <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covidtimeline> (ultimo acceso 05/11/20) Se informa que, profundamente preocupada por los alarmantes niveles de propagación y gravedad y por los alarmantes niveles de inacción, la [OMS llega a la](#)

El concepto de “fuerza mayor” en el derecho argentino es una causal de exención de responsabilidad y se define como el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

En el estudio del tema propuesto hemos encontrado opiniones que sostienen la responsabilidad del Estado con fundamento en la previsibilidad del evento dañoso. Se sostiene que, por el tiempo transcurrido desde que se inició la pandemia, los sistemas de salud han tenido suficiente tiempo para prepararse a dar respuesta a las consecuencias de esta amenaza planetaria¹⁶.

Creemos que aún cuando la llegada de la pandemia al país era previsible, constituye un hecho inevitable. La OMS informa que, en cuanto a rapidez y escala, la enfermedad se ha propagado rápidamente por todos los rincones del mundo y su capacidad de propagación explosiva ha desbordado incluso los sistemas sanitarios más resilientes¹⁷.

Otra causa de exclusión de responsabilidad estatal es el hecho de la propia víctima o de quienes han contribuido a la producción del daño. Este supuesto debe evaluarse con especial prudencia a fin de advertir situaciones en que las personas actúan por motivos de necesidad o fuerza mayor con la finalidad de resguardar la propia integridad o de los suyos¹⁸. Ahora bien, el Estado no debe responder por daños sufridos por personas que han perturbado, menoscabado o puesto en peligro el bien jurídico protegido por las normas sanitarias. Los perturbadores del orden público no tienen un derecho a ser resarcidos por los daños que sufran como

[conclusión en su evaluación](#) de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia. En su alocución durante la [rueda de prensa sobre la COVID-19](#), el Director General destaca que la OMS ha estado aplicando su máximo nivel de respuesta desde que se notificaron los primeros casos y hace cada día «un llamamiento a los países para que adopten medidas urgentes y agresivas». Reconociendo que la COVID-19 no es solo una crisis de salud pública, sino que afectará a todos los sectores, reitera el llamamiento de la OMS —enunciado desde el primer momento— para que los países adopten un enfoque pangubernamental y pansocial, en torno a una estrategia integral dirigida a prevenir las infecciones, salvar vidas y reducir al mínimo las consecuencias de la pandemia. Recalca que «no podemos decir esto lo bastante alto, ni lo bastante claro, ni lo bastante a menudo», al tiempo que hace hincapié en que «todos los países están a tiempo de cambiar el curso de esta pandemia» si se dedican a «detectar, realizar pruebas, tratar, aislar y rastrear, y movilizan a su población en la respuesta». Destaca que «el reto al que se enfrentan muchos países que en estos momentos se encuentran con grandes grupos de casos o con situaciones de transmisión comunitaria no es si pueden hacer lo mismo, sino si lo harán».

¹⁶ Por ejemplo, Cicero N. K. en “La pandemia del coronavirus y la responsabilidad estatal: escenarios actuales y futuros” publicado en LA LEY 24/08/2020, 1. AR/DOC/2671/2020. Desde la filosofía, pensadores como Agamben G. han sostenido la responsabilidad de los gobiernos por la falta de respuesta de los sistemas sanitarios en duros términos (“¿Qué significa vivir en la situación de emergencia en que nos encontramos? (...) permanecer en casa, pero también permanecer lúcidos y preguntarnos si la emergencia militarizada que ha sido proclamada en el país no es, entre otras cosas, también un modo de descargar en los ciudadanos la gravísima responsabilidad que los gobiernos incumplieron al dismantelar el sistema sanitario (...) significa pedir que se devuelva a los hospitales públicos los medios de los que han sido privados y recordar a los jueces que haber destruido el sistema sanitario nacional es un crimen infinitamente más grave que salir de las casas sin la declaración jurada de circulación” en ¿En qué punto estamos? La epidemia como política. 1º ed. CABA: Adriana Hidalgo editora, 2020. Pág. 27.

¹⁷ ACTUALIZACIÓN DE LA ESTRATEGIA FRENTE A LA COVID-19, 14 de abril 2020, documento publicado por la OMS disponible en https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020_es.pdf?sfvrsn=86c0929d_10 Ultimo acceso 05/11/20.

¹⁸ La fuerza mayor es uno de los motivos por el cual el Estado Nacional y las Provincias han otorgado permisos de circulación a las personas.

consecuencia de las medidas policiales encaminadas a protegerlo¹⁹.

Además de constituir la pandemia un hecho de fuerza mayor, y excluyendo los casos de las personas que han contribuido a la producción del daño, tampoco hallamos una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño. Se ha tomado como hipótesis el caso del dueño de un comercio al que el aislamiento social preventivo y obligatorio le impidió mantener y cerró definitivamente²⁰, y se ha respondido que “parece difícil poder trazar una relación exclusiva entre el cierre definitivo de un negocio y la restricción de actividades (...) puesto que, por ejemplo, cuestiones vinculadas con la solvencia financiera, el tipo de actividad concernida y la mayor o menor clientela previa a la pandemia también pueden ser cuestiones que operen para causar el cierre del comercio”²¹.

En cuanto al deber jurídico de soportar el daño²² que tienen los habitantes, se observa que los actos administrativos dictados en ejercicio del poder de policía sanitario constituyen una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar el ejercicio del derecho restringido²³ derive en eventuales perjuicios para la salud pública (Conf. CSJN Fallos 318:2311). Con tal fundamento, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía sanitaria no da lugar a indemnización (CSJN Fallos 329:3966) por constituir cargas públicas derivadas de la vida en sociedad²⁴. Las medidas sanitarias dictadas por el gobierno nacional y por los provinciales constituyen limitaciones de carácter general al ejercicio de los derechos individuales, de allí el deber general de la población de soportar las cargas impuestas con fundamento en el bien común.

Finalmente, y en cuanto al factor de atribución conocido como “sacrificio especial”, es decir, una desigualdad injustificada que soporta un particular en las mencionadas cargas públicas con respecto al resto de la sociedad, observamos la imposibilidad de predicar en general sobre su configuración, y su existencia dependerá de las especiales circunstancias que se presenten en cada caso y que excedan de los sacrificios que razonablemente impusieron las restricciones derivadas de la pandemia.

Como conclusión de este apartado, y habiendo considerado someramente los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad estatal por las normas dictadas para contener o mitigar los efectos de la pandemia durante el año 2020, debe sostenerse su improcedencia como regla general.

3. EXCEPCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR SU ACTUACIÓN LÍCITA EN EL MARCO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

Todos los actos administrativos dictados en ejercicio del poder de policía sanitaria tienen por contexto la emergencia sanitaria, es decir, una situación de grave riesgo social frente al cual

19 Domenéch Pascual G. ob. Cit.

20 Bonel Tozzi S.L. ob. Cit.

21 Cicero N.K. ob. Cit.

22 CSJN Fallos 315:1026.

23 Por caso el de libre circulación, o el de ejercicio de actividad profesional.

24 Conf. Perrino P.E. La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19. RDA 2020-130, 04/08/2020, 220. Cita Online: AR/DOC/2343/2020. Este autor recuerda también

existió la necesidad de medidas súbitas (CSJN Fallos 313:1513).

El 19 de marzo del año 2020 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 297/20 cuyo artículo 1° dispuso “a fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS- COVID 19”.

Posteriormente, y en la medida que la evolución de la situación epidemiológica servía de fundamento se fueron habilitando actividades, de manera diferenciada en las Provincias, dentro de las Provincias e incluso dándose la particularidad del bloqueo sanitario a localidades enteras.

Es decir, se fueron conformando conjuntos de ciudadanos: a) un conjunto integrado por quienes que podían ejercer su actividad profesional, o efectuar actividades recreativas, familiares, circular dentro o fuera de la Provincia; b) un conjunto de ciudadanos que no podían hacerlo por integrar el grupo de actividades no habilitadas; y c) a su vez, dentro del conjunto de actividades habilitadas se desarrollaron diversos protocolos.

La doctrina ha concluido que, del examen de los pronunciamientos de la CSJN en algunos casos ha prevalecido un criterio cuantitativo, que pregona que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos, mientras que en otros se siguió una concepción de índole cualitativa que toma en consideración la intensidad o gravedad del daño en tanto exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal y razonablemente soportar²⁵.

Consideramos que debe primar el criterio cualitativo, y evaluarse dos condiciones: a) que la carga pública sea excepcionalmente gravosa, más allá de lo que el resto de las personas en su misma situación debió soportar; b) que la aplicación de la medida sanitaria en el caso concreto pierda su proporcionalidad en cuanto a su fin, es decir, se produce un daño que no halla justificación en el riesgo social.

Como principio, la decisión sobre qué actividades son riesgosas para la salud pública o los protocolos acordes a cada riesgo, corresponde ser tomada por los poderes Legislativo y Ejecutivo. El poder judicial, por su parte, debe hacer lugar a la responsabilidad del Estado por los daños generados a particulares que puedan caracterizarse como desproporcionados e injustificados con relación al fin de protección de la población que tienen las normas dictadas durante la emergencia sanitaria.

Frente a este marco, nos planteamos hipotéticos casos en que una persona sufre las consecuencias del confinamiento, y sus perjuicios no tienen una exclusiva relación de

25 Perrino ob. Cit. Pág. 10.

causalidad con las medidas sanitarias, pero se halla en una situación de vulnerabilidad²⁶. Consideramos que, en los casos en que no existan los presupuestos para responsabilizar al Estado, es viable: a) el encuadre de la situación en un régimen jurídico de protección especial²⁷ o de beneficios de carácter previsional²⁸; b) de no existir ningún régimen de protección especial, evaluar la posibilidad de soluciones de equidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece en el art. 1750 que el autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. No podemos suponer que el Estado pueda tener como voluntad dañar a otro con su actividad regulatoria, por lo que nos parece que podría evaluarse la aplicación por vía de analogía de esta norma a casos como el propuesto y que no encuentren protección en ningún régimen jurídico. La inexistencia de una causalidad adecuada entre el daño y la actuación estatal obstan a la configuración de la responsabilidad del Estado, pero al ser la equidad un concepto elástico y significar por definición la no-aplicación del derecho positivo, es una herramienta que los jueces podrían válidamente utilizar a fin de cumplir con la manda constitucional de “proveer a la protección” de los derechos (art. 42 CN).

4. CONCLUSIONES

El Estado está obligado a actuar para contener y mitigar los efectos dañosos de una pandemia por la existencia de deberes expresos y determinados que surgen de la Constitución Nacional y del principio precautorio.

La pandemia es un hecho de fuerza mayor que excluye la responsabilidad estatal porque aun cuando podría haber sido previsible era un hecho inevitable.

La existencia de actividades permitidas y actividades prohibidas determina la formación

²⁶ ONU Mujeres informa que cada vez son más las líneas de atención y los refugios para la violencia doméstica de todo el mundo que notifican un incremento de llamadas en busca de ayuda. En Argentina, Canadá, Francia, Alemania, España, Reino Unido y los Estados Unidos, las autoridades gubernamentales, las personas que defienden los derechos de las mujeres y aliados de la sociedad civil han señalado un aumento de las denuncias de violencia doméstica durante la crisis y mayor necesidad de protección de emergencia. Las líneas de atención de Singapur y Chipre han registrado un aumento de las llamadas de más del 30 por ciento. En Australia, el 40 por ciento de quienes trabajan en primera línea comunicó en una encuesta realizada en Nueva Gales del Sur un incremento de las peticiones de ayuda como consecuencia de una escalada en la intensidad de la violencia. El confinamiento aviva la tensión y el estrés generados por preocupaciones relacionadas con la seguridad, la salud y el dinero. Asimismo, refuerza el aislamiento de las mujeres que tienen compañeros violentos, separándolas de las personas y los recursos que mejor pueden ayudarlas. Es la situación perfecta para ejercer un comportamiento controlador y violento en el hogar. De forma paralela, al tiempo que los sistemas sanitarios se esfuerzan al límite, los refugios para la violencia doméstica alcanzan también su máxima capacidad, agravándose el déficit de servicio al readaptar dichos centros a fin de ofrecer una respuesta adicional al COVID (conf. “Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra” Declaración de Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres. Fecha: lunes, 6 de abril de 2020. Disponible en <https://www.unwomen.org/es/> ultimo acceso: 6/11/20).

²⁷ Comprende los casos en que el Estado ha asumido expresamente la obligación de contribuir a paliar algunas situaciones. Señala Doménech Pascual G. que el Estado puede quedar obligado a compensar algunos daños en virtud de normas que contemplan el otorgamiento a las víctimas de ayudas de carácter asistencial o de fomento.

²⁸ Por ejemplo, a nivel nacional hallamos el PROGRAMA ACOMPAÑAR, que prevé beneficios de carácter previsional para víctimas de violencia de género. Las acciones de este programa incluyen un apoyo económico

de conjuntos de situaciones, por lo que a los fines de analizar el factor de atribución del sacrificio especial y sortear a su vez el valladar del deber jurídico de soportar el daño el caso debe ser excepcional, es decir, debe existir un daño diferenciado en cuanto al resto de las personas que integran el mismo conjunto, y desproporcionado e injustificado con relación al fin de protección que la restricción sufrida tiene.

El Estado responde por los daños causados por su actuación lícita para evitar y mitigar los efectos de la expansión de una pandemia solamente en aquellos casos en que se demuestre la existencia de: a) un daño cierto, actual y mensurable en dinero; b) una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva de la regulación con el daño; c) ausencia del deber jurídico de soportar el daño; y d) un sacrificio especial diferenciado caracterizado por ser excepcional en relación al conjunto de personas en la misma situación.

Las soluciones deben ponderarse en cada situación particular, prestando especial atención a las situaciones de vulnerabilidad, la existencia de regímenes protectorios previsionales y el recurso a la equidad en caso de desprotección por parte del sistema.

BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN G. ¿En qué punto estamos? La epidemia como política. 1° ed. CABA: Adriana Hidalgo editora, 2020.
- BIBILONI H. J. El proceso ambiental – 1° ed. – Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina
- BONEL TOZZI S. L. “Responsabilidad del Estado, entre la licitud e ilicitud de la regulación. A propósito del aislamiento ante el COVID-19” publicado en el Dial el 31/08/2020. elDial.com – DC2BDB.
- CICERO N., “La pandemia del coronavirus y la responsabilidad estatal: escenarios actuales y futuros” La Ley 24/08/2020, AR/DOC/2671/2020.
- COSSARI N. G. A.-CAFFERATA N. A. Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental – 1° Ed.- Buenos Aires: El Derecho, 2007.
- DOMÉNECH PASCUAL G. “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del covid-19”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N°. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas).
- IVANEGA M. I. (coord.) Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley N° 26.944. RAPAÑO XXXVII N° 437, Febrero de 2015.
- INNERARITY D. “Gestión del Riesgo y Aceleración del Tiempo” en La Humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales. - Paidós-Madrid, 2011
- MORALES LAMBERTIA. Derecho Ambiental. Alveroni Ediciones. Córdoba: 1999.
- PERRINO P. – SANGUINETTI J. “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, en La Ley RDA 2020-130, 04/08/2020, 220,

consistente en equivalente al Salario Mínimo, Vital y Móvil por un período de seis meses consecutivos a mujeres y personas LGBTI+ que se encuentran en riesgo por situación de violencia por motivos de género; y, por otra parte, Acompañamiento integral y acceso a dispositivos de fortalecimiento psicosocial para las personas incluidas en el programa, de forma coordinada con los gobiernos provinciales y locales. (Información disponible en www.argentina.gob.ar ultimo acceso: 06/11/20).

AR/DOC/2343/2020

SAMUELSON P.A. y Nordhaus W.D. Economía. Decimocuarta Edición. Ed. McGraw-Hill. Madrid, España, 1993



HACIA LA REGLAMENTACIÓN DE LA LICENCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA PROVINCIA DE FORMOSA

Adrián Andrés Areco*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad abordar la temática de la reglamentación de la Ley N° 1725 de Licencia por Violencia de género contra las mujeres, en el ámbito del empleo público, tratando de delinear los puntos o ejes sobre los cuales debe reposar, en el ámbito Administración Pública Provincial centralizada y descentralizada, una regulación de dicho instituto, para luego, finalmente, esbozar lo que podría ser un texto del proyecto de reglamentación de la Ley.

En primer término, desde la esfera convencional internacional, y desde los compromisos asumidos por nuestro país, cabe mencionar la obligación del Estado Argentino y sus estados provinciales y municipales, sobre la cual se erige el deber de promover y desarrollar legislación y políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, asistiendo a las damnificadas en forma integral, reconociéndoles y garantizándoles los derechos otorgados por la Constitución Nacional, Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales.

En esa tarea, necesario adoptar un marco legislativo y políticas públicas integrales, multisectoriales y multifacéticas con perspectiva de género, que visibilicen el desequilibrio estructural que enfrentan las mujeres en el goce de sus derechos, con el objetivo de tomar medidas de prevención, protección y resituación de sus derechos. La CIDH reitera que la lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, en las políticas, programas y servicios, que se altere la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes y percepciones sociales¹.

Los Estados partes deben eliminar las prácticas institucionales y la conducta y el comportamiento de los funcionarios públicos que constituyan violencia de género contra la mujer, o que toleren dicha violencia, y que proporcionen un contexto para la falta de una respuesta o para una respuesta negligente.

*ADRIAN ANDRES ARECO. ABOGADO (Universidad de la Cuenca del Plata), Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral), Especialista en Derecho Laboral (Universidad Nacional del Nordeste), Diplomado en Derecho Penal (UNCAUS), Diplomado en Derecho Administrativo Profundizado (Universidad Austral), Director de Asesoramiento, Contrataciones y Licitaciones de la Secretaría Legal y Técnica del Poder Ejecutivo de la Provincia de Formosa.

¹ Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19.

Constituye una realidad, la existencia de discriminación y violencia en contra de las Mujeres², tanto en el acceso al empleo como así también, cuando acceden a uno, durante el desarrollo del mismo, como fuera de él. En este entendimiento, constituye un deber del Estado, dictar las normas que garanticen la igualdad sustantiva de las mujeres, en pos de erradicar estos actos de violencia contra dichos sujetos por razones de género.

La Ley Nacional N° 26.743 de Identidad de Género, establece el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y al libre desarrollo de su persona.

Por su parte, la Constitución Provincial Formoseña establece en su artículo 5°: “Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad y seguridad política, económica y social, siendo los mismos operativos. Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad psicofísica, espiritual y moral...”.

Asimismo, en el ámbito local la Ley Provincial N° 1160/95 y su modificatoria Ley N° 1.191/96 regula y establece la protección de las personas contra la violencia en el ámbito familiar. Asimismo, la Ley Provincial N° 1569/11 establece la adhesión de la Provincia de Formosa a la Ley Nacional N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Dentro de este marco legal, la Provincia de Formosa a través de la Ley N° 1725 consagró el régimen legal de la Licencia por Violencia de Género, para las trabajadoras del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, entes autárquicos, descentralizados y de los organismos de la Constitución Provincial, cualquiera sea el régimen estatutario al cual pertenezcan. En dicha ley se establece el concepto de la misma en su artículo 2°, receptando su similar dado por la Ley 26485³, destacándose la violencia por motivos políticos, como novedoso en la redacción de su articulado, ampliando el espectro normativo. Se establece además un plazo de 15 días para su otorgamiento, continuos o discontinuos por año calendario, pudiendo el mismo ser prorrogado por igual término en caso de que los organismos

² INFORME HESTIA 2022 DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE FORMOSA. <https://www.jusformosa.gob.ar/fx/estadisticas/historico/2022/InformeHestia2022.pdf>

³ ARTICULO 4° – Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

competentes así lo indiquen⁴. Se incluye también que la mera invocación o denuncia ante la autoridad administrativa implicará el otorgamiento de dicha licencia, estableciendo la obligación de la denunciante de presentar la certificación o documentación que acredite tal circunstancia en un plazo de 5 días hábiles de efectuada la denuncia⁵.

Se establece, asimismo, el deber de confidencialidad y reserva de las actuaciones, y la responsabilidad administrativa del funcionario a cuyo cargo esté la tramitación del mismo⁶. Finalmente, se establece el carácter especial de dicha licencia, como así también el derecho a indemnidad en su situación de revista⁷.

A pesar de ello, es necesario el dictado de normas administrativas que establezcan los procedimientos a seguir en el marco de dicha ley por parte de las autoridades administrativas, como así también, por parte del particular. En este sentido, es válido remarcar que el procedimiento administrativo para la protección de este derecho fundamental, no puede seguir los mismos cánones y observancia del procedimiento administrativo genérico previsto en el Decreto Ley 971/80, pues la urgencia del resguardo de la salud física y psíquica de la mujer que se encuentra en esta situación, no admite la observancia de plazos normales, como tampoco, del cumplimiento de requisitos documentales para su otorgamiento, y exige, a diferencia de otros procedimientos, una actitud pro-activa de los agentes que tengan a su cargo la tramitación del procedimiento administrativo, y, asimismo, una función preventiva por parte de la Administración Pública, siendo su contrapartida la especial responsabilidad del funcionario en este caso, que propenda a dotar de eficacia, eficiencia y celeridad a dicha regulación.

REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROVINCIA DE FORMOSA

LA LEY PROVINCIAL N° 1725

En la Provincia de Formosa, se consagró un régimen de licencia por violencia de Género contra la mujer, una decisión política que visualiza que el proceso de salida de las Violencias por

⁴ Ley 1725 Artículo N° 3.- La licencia por violencia de género se otorgará con goce íntegro de haberes por un plazo de quince (15) días, continuos o discontinuos, por año calendario prorrogables por igual periodo a recomendación de los profesionales intervinientes de los organismos competentes.

⁵ Artículo N° 4.- La licencia por violencia de género se otorgará y tendrá vigencia desde la mera invocación y comunicación, por cualquier medio a su alcance, ante la autoridad competente donde preste servicios la trabajadora, debiendo en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, por sí o a través de una tercera persona, presentar certificado que acredite la radicación de la denuncia ante el organismo competente o certificación emitida por profesionales de servicios públicos o de organismos públicos de asistencia a las víctimas.

⁶ Artículo N° 5.- Las autoridades y quienes intervengan durante todo el procedimiento deben cumplir el deber de confidencialidad y mantener la reserva de las actuaciones, preservando el derecho a la intimidad de la víctima. En el caso de incumplimiento del deber de confidencialidad y de reserva, se instruirá de oficio sumario administrativo pertinente.

⁷ Artículo N° 6.- Las condiciones laborales de la trabajadora que haya solicitado licencia por violencia de género no podrán ser modificadas, salvo a solicitud de la misma. Tampoco elimina ni compensa aquellas otras licencias a las que la trabajadora tenga derecho a usufructuar según la legislación vigente.

Razones de Género no puede llevarse adelante en soledad. Es por ello que, en adición a la existencia y tarea que desarrolla la Secretaría de la Mujer, como así también, por los diversos equipos interdisciplinarios de la Oficina de Violencia Intrafamiliar, Poder Judicial de la Provincia, se suma otra herramienta, como lo es la Ley N° 1725, que constituye una arista más del abordaje integral que se debe realizar ante este flagelo.

Seguidamente, se procede a delinear el contenido de la ley, para esbozar los puntos referidos a la reglamentación que se propone en el presente trabajo.

SUPUESTOS

La ley consagra el derecho de la mujer de gozar de licencia por violencia de género. Dicho de otro modo, la mujer, víctima de violencia de este tipo, tiene derecho a no comparecer a su lugar de trabajo a prestar tareas, resultando justificadas sus inasistencias por un plazo de hasta 15 días.

Ahora bien, a lo que se aspira, a través de esta reglamentación, es a que, también, resulten comprendidas las impuntualidades y/o tardanzas que se originen por dicha situación violenta. Respecto de esta cuestión podemos ver que en las legislaciones de otras provincias se receptan este tipo de situaciones que pueden no significar una ausencia total de su jornada de trabajo por parte de la administrada dependiente, lo cual parece lógico, pues podría ser una posibilidad fáctica.

El fundamento de dicha inclusión en la normativa reglamentaria, obedece a que es una situación que puede darse en la realidad, y que la falta de conceptualización o delimitación del contenido de la ley puede hacer surgir dudas respecto de su otorgamiento. A ello debe sumarse que, en el Decreto 1362/85 y sus modificatorias (Régimen de Licencias, Franquicias y justificaciones para el Personal de la Administración Pública Provincial, existe un capítulo IV (permisos y justificaciones), artículo 63 y concordantes, en el mismo sentido Decreto N° 2570/88 (Régimen de Licencias Personal Policial), art. 71 apart. 1) Decreto 787/89 Reglamento de la Ley 787 Personal de Desarrollo Humano, donde detalladamente se especifica este tipo de ausencia parcial del dependiente, fijándole los requisitos documentales y límites temporales, pero por otros motivos, haciendo necesario la expresa recepción de ese supuesto en la reglamentación que se propicia, siendo que el supuesto está contemplado en regímenes legales de Violencia de Género⁸ de otras provincias.

ÁMBITO SUBJETIVO

La ley es aplicable al Poder Ejecutivo, Poder Judicial, el Poder Legislativo, los órganos constitucionales, y a todas las dependencias de la Administración Pública Provincial

⁸ Por ejemplo, Art. 1° Decreto 121/2020 Reglamentario de la Ley Provincial N° 14893 de la Provincia de Buenos Aires.

centralizada y descentralizada. La ley utiliza el término “autoridad competente” (art. 4) en el caso concreto del otorgamiento de la Licencia y la justificación de las inasistencias y el término “autoridades” para fijar responsabilidad administrativa. La indefinición es propia de una ley que abarca a todo el sector público, siendo ello así, es necesario precisar las autoridades administrativas competentes en la reglamentación.

Asimismo, se prevé en el proyecto de reglamento la intervención del Titular del organismo, para el otorgamiento de la licencia y del Director/a de personal o Jefe/a de personal, para llevar adelante el impulso del procedimiento, previa denuncia comunicación de la víctima, de todo el procedimiento administrativo tendiente al otorgamiento y usufructo de la licencia.

Del mismo modo, se contempla la intervención de la Secretaría de la Mujer, una Secretaría de Estado del Poder Ejecutivo Provincial, que, si bien no es un órgano receptor de denuncias judiciales, ni tiene competencia en emitir resoluciones, frente a las situaciones de violencia de género, emite sugerencias con perspectiva de género, realizando un acompañamiento integral a la Mujer víctima de este flagelo, como así también, tiene la función de prevenir y atender los casos de violencia basada en género.

En la reglamentación se prevé la intervención de dicho organismo, a través de su equipo interdisciplinario, el que intervendría en caso de requerimiento de la persona víctima de violencia, a efectos de un acompañamiento y asesoramiento integral. Asimismo, previa entrevista con la administrada, determinará o no la procedencia y sugerirá el número de días de licencia atendiendo a la gravedad de la situación, para los casos de pedido de prórroga, ello así por cuanto la ley establece que la prórroga se otorgará cuando así lo recomienden los profesionales de organismos competentes.

A partir del análisis integral de la situación de la PSVG (persona en situación de violencia de género), el Equipo Interdisciplinario podrá realizar recomendaciones que preserven la integridad y el bienestar físico, mental y social de la trabajadora en el espacio donde se desempeñe laboralmente, debiendo para el caso que así lo peticione la Víctima contarse con el informe que lo sugiera o recomiende.

En la Administración Pública de la Provincia, si bien el control interno en materia de licencias por enfermedad lo realiza la Auditoría Médica de la Provincia de manera centralizada (conforme Ley Provincial N° 1.180/95)¹⁰, es necesario desplazar la competencia de dicho

⁹ MODULO 3° DE LA REVISTA INFORMES DE RELEVAMIENTO DE LA SITUACIÓN, EVALUACIÓN DE RIESGO Y RECOMENDACIONES. Guía para el abordaje integral de las situaciones Violencia de Género en el Ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁰ Ley 1180 artículo 118°.- Créase la Auditoría General de la Provincia, órgano normativo, de supervisión y coordinación del control interno del Poder ejecutivo Provincial. m) fiscalizar el estado de salud de los aspirantes a ingresar, y de aquellos agentes que ya desempeñan funciones en la Administración Centralizada y Descentralizada dependiente del Poder Ejecutivo Provincial, para lo cual la Auditoría queda facultada para contratar por tiempo determinado a profesionales de la salud habilitados, debiendo requerirse del sistema de salud pública los estudios complementarios que fueren necesarios. *(Inciso incorporado por Ley 1615).

régimen legal (intervención de auditoria medica en casos de enfermedad como autoridad competente), en atención a la especial situación que refleja la violencia de género, la complejidad de la problemática y la necesidad de abordarlo con una perspectiva integral y especializada en la temática.

En relación a la beneficiaria, la ley es clara y establece que, la licencia será otorgada a aquellas personas que son víctima de violencia de género, sin importar su situación de revista ni años de antigüedad, en los términos del artículo 4° de la Ley N° 26845. Es decir, toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad dignidad integridad física, psicológica, sexual económica o patrimonial, participación política y seguridad personal.

PROCEDIMIENTO

La ley establece la obligación de la persona, víctima de violencia de género, de comunicar a la autoridad competente donde preste servicios, la circunstancia de violencia en que se encuentra inmersa “por cualquier medio”, por sí o por terceros. Del mismo modo, pone en cabeza de aquella el deber de adjuntar la documentación, denuncia efectuada ante los organismos competentes, o certificación emitida por profesionales de servicios públicos o de organismos públicos de asistencia a las víctimas, en un plazo de “cinco días” hábiles¹¹.

Si bien, la ley establece un plazo para la presentación de la documentación respectiva (5 días hábiles), tampoco nada dice respecto del plazo que tiene la víctima para efectuar la comunicación respectiva. En este sentido, ambas situaciones es necesario contemplarla a través de la reglamentación.

Resultaría propicio, que dicha circunstancia sea expresamente establecida en la reglamentación; y, en este sentido, la situación que motive la solicitud de licencia, deba ser comunicada dentro de la primera jornada laboral en la que cumple funciones.

Esto, a su vez, ordena el procedimiento al personal de la administración, quien tiene el deber de realizar la carga de datos al sistema informático de la administración y generar los documentos administrativos pertinentes para su registro.

En este sentido, podemos observar que ciertos cuerpos normativos de nuestra provincia contemplan la franja horaria en la que debe comunicar el administrado las circunstancias que motivan su inasistencia, todos coinciden en que la misma debe ser efectuada durante la jornada de la primera ausencia en que incurra la administrada.

Nótese el régimen legal de Licencias para el Empleado Público, en su artículo 3.13 referido a la Licencia por Enfermedades, donde se establece el deber de comunicación por parte del dependiente hacia la administración donde presta servicios, en un plazo de tres (3) primeras horas del horario habitual de su labor (véase art. 3.13 Decreto N° 1362/85

¹¹ Ley 1725 art. 4°.

modificado por Decreto N° 1711/86. Régimen de Franquicias, Licencias y Justificaciones). En idéntico sentido, el Decreto 768/89 de la Ley 787 para Personal Sanitario, establece art 61 apart. i) la comunicación para casos de enfermedad, inclusive vía telefónica con una antelación de una hora de la jornada normal que cumple el administrado.

Asignarse carácter informal a la comunicación, por cualquier medio (telefónico, por un tercero, vía mensajería instantánea Whatsapp, mensajes de texto; en igual sentido que el régimen de Licencias para Enfermedad para personal sanitario Decreto 767/89, art. 61 apart. i), no aparenta desmesurado; por el contrario, resulta muy acertado, permitiendo cómodamente el cumplimiento del deber de comunicar en el plazo establecido en el párrafo precedente.

El proyecto de reglamentación que se esboza determina que una vez efectuada la comunicación, corresponde a la autoridad administrativa (Jefe o Director de personal), proceder a la carga en el sistema informático (SIGAPP Sistema Informático de Gestión de la Administración Pública Provincial) consignando los datos que el sistema le requiera, a fin de lograr la instrumentación y emisión del acto administrativo por el cual se otorgará la licencia.

El Sistema Informático de Gestión de la Administración Pública Provincial es como su nombre lo indica un sistema informático que permite compatibilizar a través de la tecnología la integración y el registro de la información en el ámbito de la Administración Pública del gobierno, estando a cargo de la misma la Unidad Provincial de Sistemas y Tecnologías de la Información del Gobierno de la Provincia (UPSTI). En dicho sistema deben volcarse todas las modificaciones que se vayan dando en la situación de revista del personal de la Administración Pública en el ámbito laboral.

Debe subrayarse que dicho acto deberá observar las reglas de codificación a efectos de cumplir con la reserva y confidencialidad en favor de la víctima. Contemplará el periodo de licencia y la fecha en que se debe presentar la documentación. En este marco, el titular del Ministerio o Secretaría de Estado, será la autoridad competente para realizarlo, ello en consonancia con lo previsto en el artículo 6.3. del Régimen General de Licencias, para el personal de la Administración Pública.

Sin perjuicio de que no es la finalidad del presente trabajo exponer un análisis exhaustivo del contenido de la ley, es dable poner énfasis y destacar, el carácter particular del acto jurídico que concede la licencia, toda vez que la situación se perfeccionará recién cuando se presente la documentación requerida.

En este sendero, el régimen jurídico del acto administrativo (establecido por el Decreto Ley N° 971/80) ha quedado intacto, no solo al restablecimiento democrático, sino a la reforma constitucional nacional del año 1994, por lo que podemos destacar que esta ley se trata de una norma novedosa, acorde a estándares convencionales, que pone el acento en la protección de la persona, otorgando una tutela anticipada conforme el [art. 5° inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos](#) que protege la integridad física y psíquica de las personas.

Deviene interesante y novedoso el anticipo del otorgamiento de la licencia pues, si bien no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del peticionante, lleva ínsita una afirmación del peligro de permanencia en la situación actual de la administrada, a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud asignado por el derecho humano- los probados intereses de aquella y el deber de la administración de observar el principio de legalidad.

Como puede observarse, se deja de lado la categoría de acto administrativo receptado en la Ley de Procedimiento Administrativo Decreto-Ley 971/80, para dar paso a la tutela anticipada del Derecho Fundamental, consecuencia del Estado Constitucional, Convencional y Social de Derecho, esbozado a partir de la reforma de 1994 de nuestra carta magna, que torna operativo el contenido de los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 75. Inc.22) y que deben ser observados no solo por el Poder Judicial sino también en el procedimiento administrativo a los fines de lograr la tutela administrativa efectiva.

Como bien lo destaca el destacado Profesor Patricio Sammartino: "Este modelo tiene que ver con entender a la Constitución Nacional como la norma superior, que los derechos son normas con vocación de efectividad y que todas las autoridades públicas están comprometidas con el deber jurídico fundamental de respetar la dignidad de la persona, se debe hacer especial hincapié en priorizar una triada basal compuesta por el Principio de Dignidad de la Persona, los Derechos Humanos fundamentales y el Principio Propersona o interdicción de la arbitrariedad".

En cuanto al deber de presentar documentación que avale la situación en que se encuentra inmersa la víctima, la reglamentación establecerá, conforme a la normativa vigente en la provincia, se considerará válida la denuncia formulada, ante fiscal de turno, Juez de Turno, Oficina de Violencia Familiar del Excmo. Tribunal de Familia, jueces en lo civil y comercial de la Segunda y Tercera Circunscripción Judicial o de la ciudad de El Colorado, cuando ocurran en sus respectivas jurisdicciones territoriales, Juez de Paz en turno, Policía de la Provincia de Formosa¹²., al respecto la administrada víctima de violencia deberá requerir certificación de la denuncia incoada.

Asimismo, la norma recepta la posibilidad de acreditar la situación de violencia, a través de la intervención de otros sujetos, que si bien, no tienen la función específica de recibir

¹² Ley Provincial N° 1191 "Artículo 1°.-"Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar, podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante los jueces del Tribunal de Familia, cuando ocurran en la ciudad capital de la Provincia, o ante los jueces en lo civil y comercial de la Segunda y Tercera Circunscripción Judicial o de la ciudad de El Colorado, cuando ocurran en sus respectivas jurisdicciones territoriales. Cuando mediaren razones de urgencia, también podrán denunciarse estos hechos ante el Juzgado de Instrucción y Correccional que se encuentre de turno o ante el Juez de Paz de Menor Cuantía con jurisdicción en el lugar donde los mismos se cometieren, quienes podrán adoptar provisionalmente las medidas que prevé el artículo 4° de esta ley, luego de lo cual remitirán las actuaciones al magistrado competente..."

denuncias, tienen competencia en materia de atención, asesoramiento, contención, y acompañamiento de la víctima para dichos casos, tales como los hospitales públicos, salas de primeros auxilios, la Secretaría de la Mujer.

Cabe precisar, por último, los casos en que la administrada se hallare fuera de la Jurisdicción Provincial o fuera del País, en cuyo caso deberá acreditar con la certificación o constancia de denuncia o certificación expedida por las autoridades competentes de dichos lugares.

La ley establece un plazo de cinco días (art. 4º) para la presentación de la documentación referida, sin embargo, no precisa desde cuándo se realizará el cómputo del mismo.

Siendo esta, una cuestión suma importancia, tanto para el administrado como para la autoridad administrativa, debe tenerse presente que ello determinará la justificación o no de los días otorgados. En este sentido, parece acertado y razonable, que la reglamentación prevea que dicho plazo comience a correr desde el día de la primera ausencia a la jornada laboral, fecha que coincide con el deber de comunicar a la autoridad administrativa que se fija en la reglamentación.

El proyecto de reglamentación contempla la situación de incumplimiento por parte de la administrada, respecto del deber de adjuntar la documentación. En este sentido, omitida la presentación de la documentación justificante y vencida el plazo para ello, la autoridad administrativa deberá dictar el acto administrativo (resolución) que disponga la no justificación de las faltas. Respecto del tipo de acto exigible será una Resolución, ello así teniendo presente el principio del paralelismo de las formas o competencia, en el sentido de que el órgano que tiene competencia para emitir un acto, también la tiene implícitamente- para modificarlo o extinguirlo.

Por último, la ley también contempla la posibilidad de prorrogar los días de licencia inicialmente otorgados, por otro periodo igual. En dicho caso, se contempla en la reglamentación, el deber de la persona víctima de violencia de solicitar la licencia acompañando el documento emitido por el equipo interdisciplinario de la Secretaría de la Mujer, que fundadamente recomiende la medida. En cuyo caso la autoridad competente deberá emitir un nuevo acto administrativo (Resolución Ministerial o de Secretaría de Estado) que otorgue la prórroga solicitada.

En este sentido, el fundamento por el cual se exige la intervención de la Secretaría de la Mujer a través de su equipo interdisciplinario, responde y obedece al deber de la Administración Pública de acompañar en forma integral a la persona víctima de violencia en una situación que, a priori, ante la necesidad de una prórroga, sería una situación que se viene dando con cierta permanencia o perdurabilidad, lo que obliga a la Administración a generar los espacios para abordar la problemática de manera adecuada, asimismo, también la administración tiene con ese requerimiento, la posibilidad de lograr un adecuado control de las ausencias de una personal dependiente.

DEBER DE REGISTRO

Para diseñar políticas públicas adecuadas que permitan mejorar la implementación de los Derechos consagrados por las normas constitucionales, provinciales e internacionales, resulta fundamental contar con información confiable y específica. Contar con una plataforma para carga de datos nos permite historizar el derrotero de la persona y ver el registro de anteriores intervenciones, además de configurar una matriz de datos que posibilitará evaluar de manera estadística, cuantificable y diferenciada en relación a los tipos y modalidades de Violencias por Razones de Género.

En este sentido, es dable destacar el avance que se viene realizando en la Administración Pública, la función de registro informático, en el SIGAPP (Sistema Integrado de Gestión de la Administración Pública Provincial), en el cual se habilitó, a partir de la sanción de la ley, un módulo identificado como "licencia Ley 1725", receptando la misma además las notas de confidencialidad en su registro.

Asimismo, deberán registrarse los documentos de certificación emitidos por el SIGAPP, como así también los actos administrativos dictados por el titular del organismo, de otorgamiento, prórroga e justificación.

CONFIDENCIALIDAD Y RESERVA

Las actuaciones administrativas (procedimiento de comunicación, de registro y justificación) tanto del titular del organismo público del cual depende la administrada, como así también la Secretaría de la Mujer, tendrán carácter confidencial y reservado, a efectos de preservar la intimidad de la víctima, de conformidad a lo preceptuado por la Ley provincial como así también la Recomendación N° 35 sobre violencia de Género¹³.

Es de fundamental importancia resguardar estrictamente la información y asegurar la confidencialidad durante todo el proceso de acompañamiento. La filtración de la misma produce situaciones revictimizantes, que podría agravar las consecuencias de la violencia.

Al respecto, se receptaría en el reglamento propuesto, lo que actualmente se viene sugiriendo por la Subsecretaría de Recursos Humanos, dependiente de la Jefatura de Gabinete de la Provincia de Formosa, en cuanto a que el acto administrativo que disponga el otorgamiento de la licencia, deberá observar pautas de codificación a efectos de resguardar la identidad de la víctima personal dependiente. En este sentido, se prescribe que, deberá observar la siguiente forma de codificación: 1) letra de que indique el sexo F-M; 2) las primeras dos letras del primer nombre; 3) las primeras dos letras del apellido; 4) ocho números de fecha

⁷ Las disposiciones jurídicas nacionales y las instituciones nacionales sobre la violencia por razón de género contra la mujer, los derechos de las víctimas y supervivientes, las normas internacionales y los mecanismos asociados y sus responsabilidades en ese contexto, lo que debería incluir la debida coordinación y remisión entre diversos órganos y la documentación adecuada de dicha violencia, prestando el debido respeto a la privacidad y al derecho a la confidencialidad de la mujer y con el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes; <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>, pags. 16.CEDAW.

de nacimiento; 5) ocho números de Documento Nacional de Identidad; a modo de ejemplo, JUANA BEATRIZ PEREZ, NACIDA EL 01-01-1985, DNI N° 12.345.678, obtendrá la siguiente codificación FJUPE0101198512345678.

AUTONOMÍA DE LA LICENCIA POR VIOLENCIA

El reconocimiento de licencia debe ser autónoma de cualquier otra licencia que le corresponda a la víctima de violencia, independientemente de su situación de revista y antigüedad, a fin de otorgarle garantías reales y efectivas¹⁴; en este sentido, cabe precisar en la reglamentación, que la misma no podrá ser interrumpida por razones de servicio, como así también, que en el supuesto del caso de la trabajadora que se encuentre usufructuando alguna otra licencia prevista en el régimen legal, y durante ese periodo sufra la violencia y solicite esta licencia por violencia, el usufructo de aquella deberá ser suspendido, hasta el vencimiento del plazo de licencia por violencia de género.

CONCLUSIONES

El Estado Formoseño, ha tenido la decisión política, de impulsar una herramienta más, a través de la Ley N° 1725, a efectos de erradicar los efectos perniciosos que la problemática estructural de la Violencia de Género, y lograr la plena igualdad de hombres y mujeres.

Si bien, todavía hay mucho camino por recorrer, el presente trabajo pretende ser, un humilde aporte hacia ese objetivo, aclarando conceptos de la normativa, para las personas que se encuentran en la situación Víctima de Violencia de Género, y principalmente, para los funcionarios o autoridades administrativas competentes, a efectos de evitar desconexiones, que terminen por afectar aún más a las personas vulneradas, sujetos de preferente tutela.

El cumplimiento y diligencia de los órganos competentes debe ser real y efectivo, debido a que la omisión del Estado tiene consigo grandes consecuencias, especialmente sobre la vida y la salud de las víctimas directas e indirectas. La materialización de las aspiraciones normativas requiere que el Estado actúe con debida diligencia, en tiempo oportuno y tomando decisiones eficaces para prevenir daños.

El presente trabajo pretende ser una herramienta de tutela administrativa eficiente y diferenciada, con el ánimo de vincular ciertos derechos y obligaciones procedimentales con la protección real y efectiva de las mujeres, imponiendo, en los y las funcionarias, deberes para que adopten decisiones oportunas, céleres y eficaces, evitando cualquier tipo de discrecionalidad lo que se traduce en otorgar a la víctima la protección esperada y, al mismo tiempo, prevenir el agravamiento de la situación que atraviesa una persona víctima de violencia de género.

¹⁴ Ley 1725 art. 6. “.. tampoco elimina ni compensa aquellas otras licencias a las que la trabajadora tenga derecho a usufructuar según la legislación vigente.”

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

CONVENCION SOBRE LA ELIMMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER. CEDAW.

RECOMENDACIÓN N° 35 CEDAW.

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. CONVENCION DE BELEM DO PARA.

LEY NACIONAL 26485

LEY NACIONAL 26743

CONSTITUCION NACIONAL

CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE FORMOSA. 2003.

LEYES PROVINCIALES N° N° 1160/95 y su modificatoria Ley N° 1.191/96.

LEY PROVINCIAL N° 1725

¿De qué hablamos cuándo hablamos de igualdad de género? Marcelo López Alfonsín Luciana Salerno.

“La transversalidad de la perspectiva de género en el sistema de administración de justicia: un enfoque más que necesario”. agosto 10, 2020 Salerno, Luciana Posted in Derechos de las mujeres, Perspectiva de género, Poder Judicial. CIEJE

DENUNCIA O COMUNICACIÓN

1. PROCEDIMIENTO DE JUSTIFICACIÓN

Plazo: 5 días
Desde la denuncia o comunicación

1.
Constancia de Denuncia por algunos de estos Organismos:

- Jueces de Instrucción de Turno.
- Fiscalía de Turno.
- Policía de la Provincia.
- Oficina de Violencia Intrafamiliar-OVI.
- Juzgados de Paz.

2.
Constancia de Servicios Públicos:

- Hospitales Públicos.
- Salas de Atención Médica Pública.
- Secretaría de la Mujer.
- Oficina de Violencia Intrafamiliar-OVI.

INCUMPLIMIENTO

ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE INJUSTIFICACIÓN DE FALTAS

2. PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN O DENUNCIA.

Plazo: dentro de la 1er. Jornada laboral ausente.

Autoridad Admin:

- Dirección Personal.
- Jefatura de personal.

SIGAPP - Ley 1725

Genera

Registro al Legajo Personal. SIARH

Expide

Certificación (Suscripción por autoridad administrativa)

EMISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

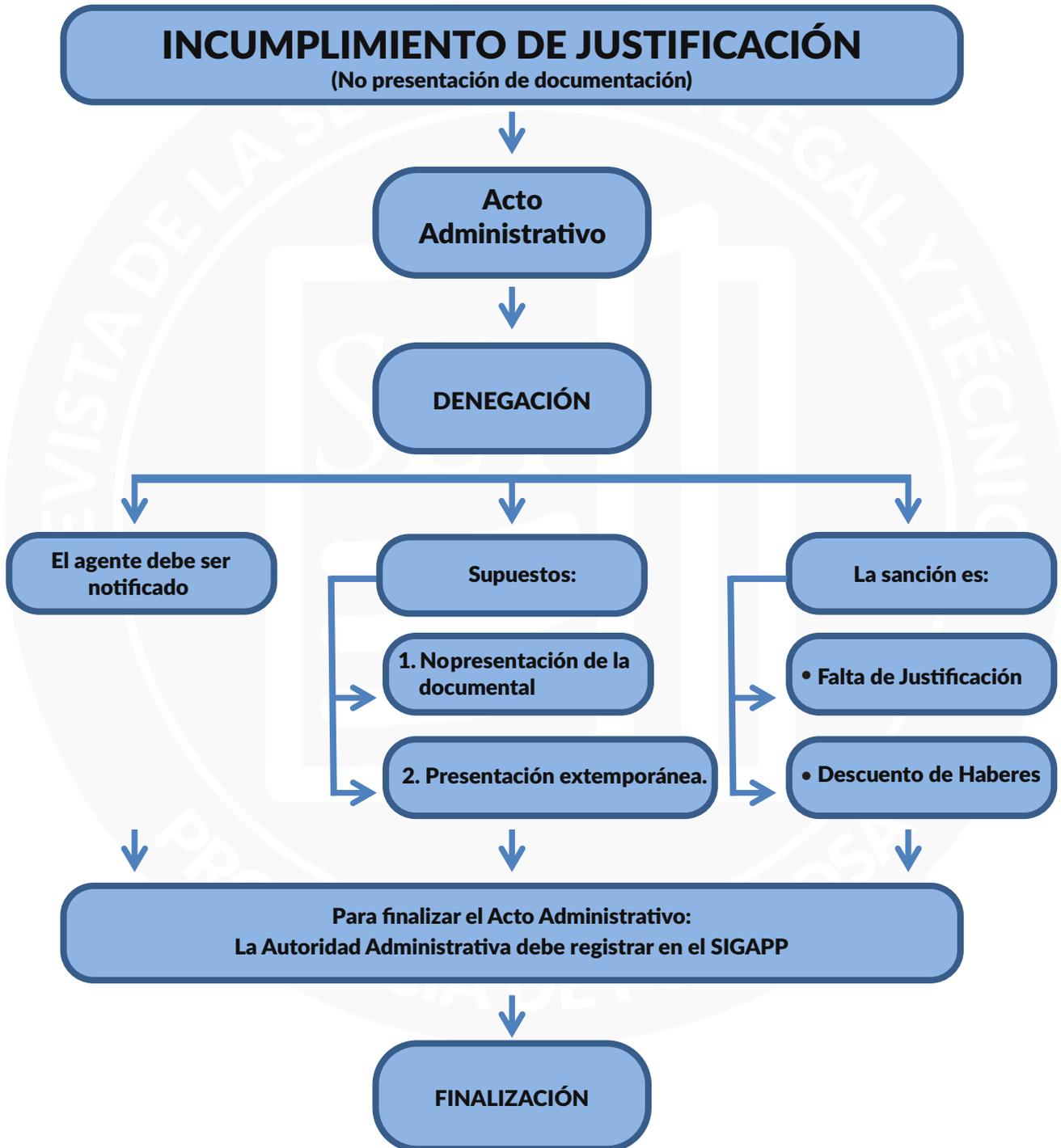
órgano competente : Titular del organismo.

OBS: El Acto Administrativo se debe codificar según reglas de confidencialidad.

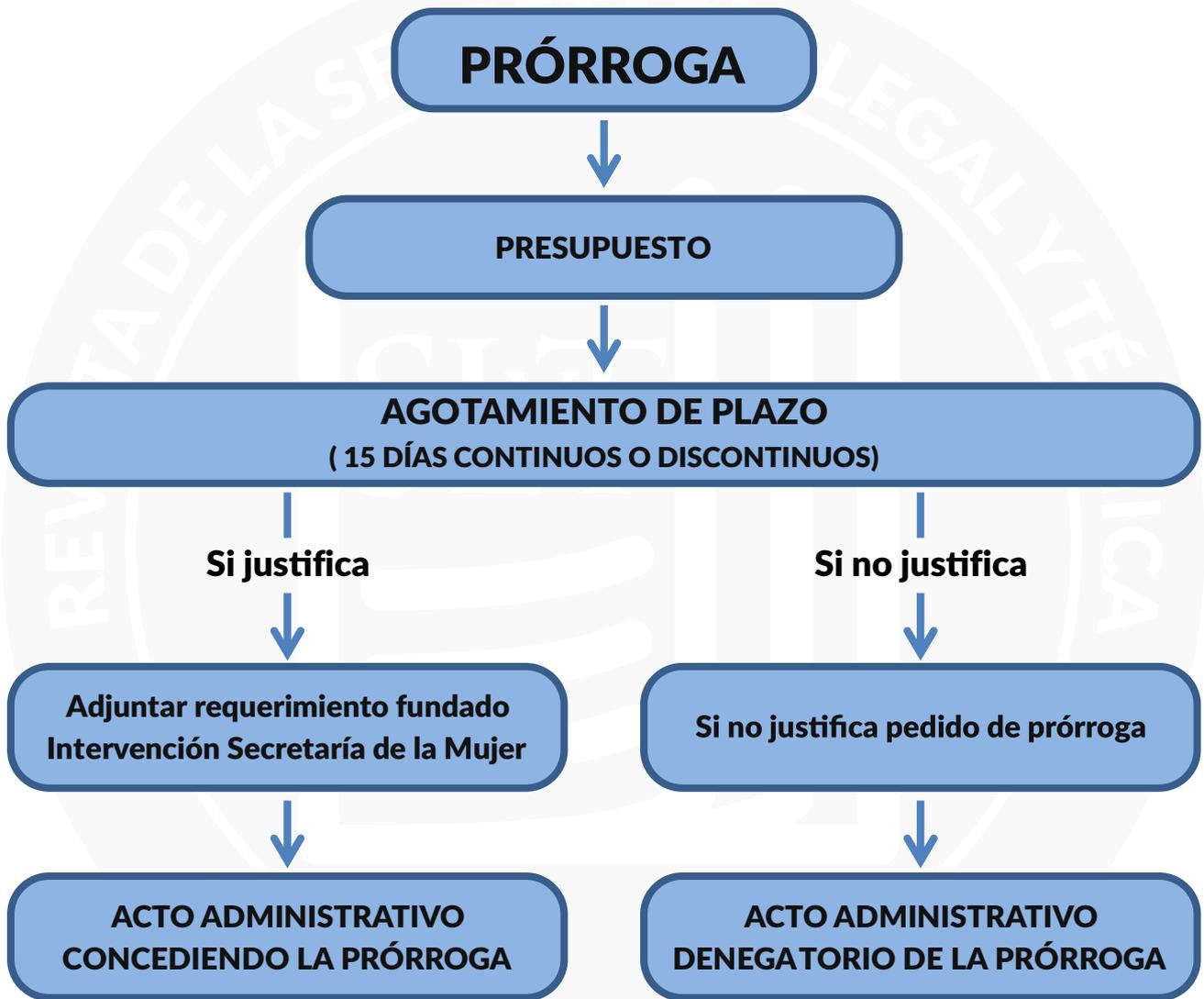
1 Letra que indique Sexo: M= Masculino, O= Otro
2 Letras: las primeras dos letras del primer nombre.
2 Letras: las primeras dos del apellido.
8 Números: la fecha de nacimiento DDMMAAAA
8 Números de DNI
Ejemplo: la mujer Juana Beatriz Pérez, nacida el 01/01/1985 de DNI: 12.345.678, en este caso la codificación será de la siguiente manera: FJUPE01011198512345678

ANEXO II - CUADRO N°1

ANEXO II - CUADRO N°2



ANEXO II - CUADRO N°3



CAPACITACIONES

Asesores de la Secretaría Legal y Técnica participaron de la **CAPACITACIÓN EN REGISTRACIÓN Y OTORGAMIENTO DE LICENCIA "LEY 1.725 - LICENCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO"**, promulgada por Decreto N°59 el 31 Marzo del año 2023, organizada por la Subsecretaría de Recursos Humanos, dependiente del Ministerio Jefatura de Gabinete llevada a cabo el 31 de Mayo en el auditorio de dicho ministerio .-



La Dirección de Biblioteca, Jurisprudencia e Informática y el Departamento de Personal de la Secretaría Legal y Técnica, participaron de la **CAPACITACIÓN DE CARGA DE LICENCIAS EN EL SISTEMA "SIGAPP"** - Sistema Integrado de Gestión de la APP-, organizada de manera conjunta por la Secretaría Legal y Técnica y la Unidad Provincial de Sistemas y Tecnologías de Información - UPSTI, llevada a cabo el 5 de Junio de 2023 en dicha unidad provincial.-



AUDIENCIAS PÚBLICAS VIRTUALES Y PRESENCIALES

PROYECTO PLANTA BIOSIDERÚRGICA Y CENTRAL TERMOELÉCTRICA Fermosa Biosiderúrgica S.A.

Subsecretaría de Recursos Naturales, Ordenamiento y Calidad Ambiental



DIRECCIÓN DE SUMARIOS

Audiencias Virtuales en el marco del ejercicio del derecho de defensa de los agentes sumariados tanto del interior provincial como de la capital.-



OPERATIVO SOLIDARIO 2023 “POR NUESTRA GENTE TODO”

“ES TIEMPO DE FORTALECER
LOS LAZOS SOLIDARIOS QUE
NOS HAN CONVERTIDO EN
UN PUEBLO MARAVILLOSO”

GDOR. GILDO INSFRÁN



El equipo de la Secretaría Legal y Técnica, participa de los exitosos encuentros “Operativos Solidarios Por Nuestra Gente Todo”, acompañando en cada rincón de la provincia a nuestro Gobernador, Dr. Gildo Insfrán.

CIUDAD DE FORMOSA LOCALIDADES DEL INTERIOR





AÑO II
EDICIÓN N° 2
JULIO 2023

EJEMPLAR VIRTUAL GRATUITO

 Casa de Gobierno - Belgrano N°878 - 2do Piso - Formosa  0370 4420431

 <https://www.formosa.gob.ar/legalytecnica>

 secretarialegalytecnica@formosa.gob.ar  Slyt Formosa  [slyt_formosa](https://www.instagram.com/slyt_formosa)

 Ecaef Formosa  ecae.slyt@gmail.com
