

ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA DESCONCENTRACIÓN FUNCIONAL EN EL ESTADO DE DERECHO ARGENTINO

Alejandro Spessot

COLECCIÓN PERIFERIAS



POLIEDRO
EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

Aspectos sustanciales de la Desconcentración Funcional en el Estado de derecho argentino

Alejandro Spessot

Spessot, Alejandro

Aspectos sustanciales de la Desconcentración Funcional en el Estado de derecho argentino / Alejandro Spessot. - 1a ed. - Beccar : Poliedro Editorial de la Universidad de San Isidro, 2023.

Libro digital, PDF - (Periferias)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-90146-9-3

1. Derecho. 2. Argentina. 3. Estado. I. Título.

CDD 342.00

Colección Periferias

Diseño editorial: Soledad Lohlé

Poliedro Editorial de la Universidad de San Isidro

Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín

Av. del Libertador 17175 Beccar (B1643CRD), Buenos Aires, Argentina



ÍNDICE

CAPÍTULO I	20
CAPÍTULO II	29
CAPÍTULO III.....	43
CAPÍTULO IV	55
CONCLUSIÓN	68

Aspectos sustanciales de la Desconcentración Funcional en el Estado de derecho argentino

“(...) Mientras más descentralizado esté el poder político de decisión, será más extenso, en general, el campo para un compromiso político propio de los ciudadanos.”

(Zippelius, Reinhold, Teoría General del Estado)

Sumario: **I** Resumen ejecutivo. **II.** Introducción. **III.** Planteo del problema **IV.** El sentido intrínseco de la organización administrativa **V.** Objeto del trabajo. **VI.** Marco teórico general. **VII.** Marco conceptual. **VIII.** Marco referente personal **IX.** Plan de trabajo **X.** Introducción temática. **XI.** Desarrollo. Nociones y fundamentación. **Capítulo I.I.** Aspecto orgánico funcional **II.** La búsqueda del equilibrio institucional. La ley 25.152 **III.** El significado de la voluntad del legislador y el poder de organización **IV.** El comportamiento del poder Ejecutivo y su incidencia en los organismos **V.** La deuda pendiente de las cartas constitucionales **VI.** La Intervención administrativa en los organismos descentralizados **VII.** El Caso del Instituto Nacional contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación (INADI) **VIII.** El incumplimiento de la ley 24.515 afecta la voluntad de sus órganos y la participación democrática en el INADI. **Capítulo II. I.** Aspecto contractual. **II.** Las contrataciones a la luz del modo de la creación de los organismos. **III.** La selección del contratante. **IV.** El Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. El Informe de su Unidad de Auditoría Interna N° 1714. **V.** El rol garante de la Comisión Evaluadora de ofertas en el procedimiento. **VI.** Es clave el Manual de Procedimientos. Dificultades de su omisión. **VII.** La necesidad del Plan Anual de Contrataciones. **VIII.** La falta de constitución de garantía de mantenimiento de oferta. **IX.** La sustentabilidad en las contrataciones que realiza la Administración. **X.** Primera etapa: las denominadas compras verdes. Un punto de partida **XI.** Segunda etapa: las compras sustentables y algunas prácticas de su gestión. **XII.** El caso del trabajo agrario previsto en la ley N° 26.767. **XIII.** La importancia del Sistema de Información de Proveedores. **Capítulo III. I** Aspecto sancionatorio. **II** Los incumplimientos del deber de informar a la luz de la ley 27.275. **II** Las experiencias regionales de Brasil, Perú y México **II.II** El caso de la Policía Federal. **III.** Un fallo ejemplar ante la potestad sancionadora de la Administradora Federal de Ingresos Públicos. **IV.** Los fundamentos del fallo. Cuestiones relevantes. **IV.I** Aspectos relevantes del principio de defensa en juicio. **Capítulo IV. I** Dimensión de la juricidad que debe impregnar la actividad administrativa. **II** Los principios generales y las dificultades para su vigencia en la situación institucional. **XII. Conclusión. XII a)** aspecto orgánico –funcional. **XII b)** aspecto contractual. **XII c)** aspecto sancionatorio. **XIII.** Valoraciones. **XIV.** Invocación final. **XV.** En lo inmediato. **XVI.** Bibliografía. **XVI a)** general. **XVI b)** particular. **XVI** dictámenes

I. Resumen ejecutivo

De la observación de la actividad administrativa de numerosos órganos que integran el fenómeno de la desconcentración funcional en nuestro país, se desprenden de modo evidente, una serie de situaciones irregulares que cercenan los presupuestos básicos del Estado constitucional de derecho. Es necesario el análisis de las diversas experiencias registradas en el entramado institucional que nos ofrece la Administración, porque ello permite introducirnos en el ámbito complejo de su organización, cuyas transformaciones han sido objeto de diversas opiniones y estudios, muchos de ellos académicos a modo de advertencia, respecto a la naturaleza y la actuación de algunos entes, sobre los que pretendemos reflexionar, en torno a las siguientes cuestiones:

- a) composición y selección de sus órganos,
- b) el regular ejercicio de sus atribuciones *intra e interorgánicas* y
- c) sus regímenes de contrataciones y sancionatorio, entre otros

En razón de ello, puede sostenerse que aquellos cambios han impactado en la Administración a partir del fenómeno desconcentrado de sectores relevantes de su realidad orgánica-funcional, máxime cuando abordamos los diferentes aspectos que la componen y que nos aproximaremos en estas líneas.

II. Introducción

En línea a lo expresado, el objeto de este trabajo es describir los aspectos centrales de algunos de los organismos de nuestra Administración que responden a la tipología referida, en el marco de la forma de estado a tratar y cuyas prácticas jurídicas demuestran no ser satisfactorias a fin del cumplimiento de sus postulados. Las reflexiones que formularemos, no se limitan a ser parte de un sistema conceptual abstracto sobre el procedimiento administrativo –recientemente modificado para adaptarse a la innovación tecnológica-, sino que además, deben tratar los problemas que se presentan al confrontarse con la realidad, examinando en qué medida el Estado y la Administración, aplican las normas y pautas contenidas en los valores y principios fundamentales consagrados en los textos constitucionales y convencionales, que constituyen su fuerza normativa. Estas experiencias son numerosas y su tratamiento es muy útil para revalorizar las pautas técnico-jurídicas que deben regir la actividad administrativa. En suma, de lo que se trata es de condensarlas y hacerlas cumplir, en orden a la sistematización de la estructura dinámica del derecho. La creación y aplicación de las normas supone la concurrencia de tres elementos:

a) el órgano, b) la materia y c) el procedimiento.

La definición del primero se refiere a las atribuciones conferidas a una persona, humana o ideal para la aplicación y creación de normas, la **materia** al contenido posible de esas nuevas normas y el **procedimiento** al *iter* o etapas que se traducen en las conductas necesarias para que esa creación satisfaga sus requisitos de validez. Su efectividad práctica debe ser un cometido central, ergo ineludible.

III. Planteo del problema

Dado el crecimiento y la dimensión adquiridos por la Administración en los últimos años, acompañados por problemas que no en pocos casos amenazan con volverse crónicos, se hace necesario coordinar las **acciones, políticas y normas** en los ámbitos de actuación de cada órgano, tendientes a subsanar situaciones y/o prácticas irregulares que en definitiva mejoren la gestión de los asuntos públicos en relación con el administrado. Para analizar este problema, corresponde interrogarnos sobre el estado en que se encuentra el sistema descentralizador funcional argentino ¿Rigen los principios básicos del Estado constitucional y social de derecho y entre ellos, los que aseguran la vigencia de los principios generales del procedimiento administrativo? Intentaremos contestar estas preguntas, para acercarnos al estado en que se encuentra la Administración, circunscripto a la vigencia o no de los principios generales del procedimiento administrativo.

Atento a ello, debemos poner atención a los procedimientos previstos para los órganos, ya que no se reducen a la funcionalidad del sistema en orden a su eficacia, conforme la doctrina¹, deben quedar comprendidos los valores y principios del orden democrático. El resguardo de la calidad institucional, se torna indispensable para garantizar el desarrollo de la actividad de aquéllos. superando las falencias que muchos de ellos presentan, en materia de: **derecho de defensa** en las etapas del procedimiento administrativo, **la integración** de los distintos órganos, **contratación pública**, cuyas etapas deben resguardar la garantía de la igualdad y libre concurrencia, desde el inicio a la finalización del procedimiento contractual previsto en la norma, **la delimitación de las esferas competenciales** de los diferentes entes y **las reglas básicas** del procedimiento sancionatorio.

Los temas *ut supra* indicadas, son garantías del sistema que aún en muchos casos libran batalla contra prácticas y vicios que deben ser superada modo de mandato.

En síntesis, atento las circunstancias reseñadas y la transformación de los elementos de la estructura organizativa de la Administración, es necesario aportar al estudio de su evolución y desarrollo, siendo que se traduce en una realidad que abarca un campo complejo de fenómenos interesantes a la hora de su análisis, al igual que en otras experiencias del derecho comparado, como por ejemplo en el caso de España.

IV. El sentido intrínseco de la organización administrativa

A la luz del desarrollo del derecho administrativo contemporáneo, consideramos que el abordaje que proponemos en esta investigación, es central para la -en rigor-

¹ BACHELET, Vittorio «Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa», Milano, 1965; se cita por la edición en BACHELET Scritti giuridici, vol. I, Milano, 1981, pág. 177; también insistiendo en la importancia de] estudio de los elementos organizativos GUARINO, L'organizzazione amministrativa, Parte Primera, Milano, 1977, pág. 18; una opinión común en la doctrina italiana, que comienza la exposición del Derecho Administrativo por el análisis de la organización, tanto desde la perspectiva de la Teoría General de ésta como de sus elementos concretos, vid., en este sentido, GIANNINI, Diritto Amministrativo, edición castellana, vol. I, Madrid, 1991; también ALESSI, Principi di Diritto Amministrativo, vol. I, 4.4 edición, Milano, 197

desconcentración funcional²cuyo tratamiento auguramos se profundice en la actualidad desde el ámbito académico, y que se erige como un útil punto de partida para introducirnos a los principales asuntos dentro su ámbito organizacional. Todo ello, en razón de que su estructura debe constituir una garantía de legitimidad de la acción y el procedimiento, siendo ésta una característica del aparato administrativo en un moderno estado de derecho, por lo que la organización lejos de ser un mero instrumento, jurídicamente sustenta la relación entre la Administración y el administrado. Precisamente, los casos seleccionados que analizaremos en el presente trabajo, permiten apreciar los valores y derechos en juego y como se aplican en relación a los actores que intervienen en la gestión pública moderna.

De este modo, es posible el análisis de los diversos aspectos atinentes a su práctica organizacional, que permita conocer de primera mano el estado actual de alguno de sus sectores vitales, así como las limitaciones que presenta la organización institucional de unas cuantas reparticiones de singular importancia. Ello, entre otras cuestiones, permitirá concientizarnos de la dimensión que adquiere la problemática, y a partir de lo cual, proponer soluciones posibles. Sería auspicioso que la doctrina se aprestara en estos tiempos a incursionar en el estudio de aquellas cuestiones que más concitan la atención en materia de organización administrativa, debido a entre otras razones, por las transformaciones institucionales en el poder Ejecutivo (en sentido estricto y amplio) que tuvieron lugar a partir de la reforma constitucional de 1994, tales como la descentralización político-administrativa experimentada en el actual derecho público, la sumisión de la Administración al derecho privado.

De este modo, es posible el análisis y la consideración de los diversos aspectos atinentes a su práctica organizacional, que permita conocer de primera mano el estado actual de alguno de sus sectores vitales, así como las limitaciones que presenta la organización institucional de unas cuantas reparticiones de singular importancia.

Ello, entre otras cuestiones, permitirá concientizarnos de la dimensión que adquiere la problemática, y a partir de lo cual, proponer soluciones posibles. Por las razones expuestas, sería auspicioso que la doctrina se aprestara en estos tiempos a incursionar en el estudio de aquellas cuestiones que más concitan la atención en materia de organización administrativa, debido a entre otras razones, por las transformaciones institucionales en el poder Ejecutivo (en sentido estricto y amplio) que tuvieron lugar a partir de la reforma constitucional de 1994, tales como la descentralización político-administrativa experimentada en el actual derecho público, la sumisión de la Administración al derecho privado y a sus formas de personificación en aras de una pretendida mayor eficacia, -en muchos casos- y el incremento de los espacios de discrecionalidad administrativa que obligan a enfatizar otros mecanismos de dirección jurídica del poder administrador, como son el procedimiento y la propia organización. Y por supuesto, a ello hay que sumar, desde una perspectiva social y económica, el enorme volumen que aquella ha ido adquiriendo.

² REIRIZ, María Graciela y otros "*La descentralización administrativa funcional o por servicios y la reforma del estado (Argentina 1989/1996)*", financiado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, Programación Científica 1995/97.-(Investigación bajo su dirección

V. Objeto del trabajo

El objeto de este trabajo es primordialmente descriptivo y exploratorio. El análisis de las experiencias de la tipología orgánica y de carácter funcional, del que se desprenden una serie de situaciones que no son propias del orden democrático, es clave en la materia porque permite apreciar como impactan esas irregularidades en el ejercicio de los derechos de los administrados, en el marco del principio de legalidad, en el que se deben enclavar los sectores del ámbito público. La estructura del trabajo parte de una sección general destinada a las consideraciones de cuestiones básicas de la organización administrativa, para luego introducirse en el estudio de los siguientes aspectos básicos a atender:

- a) orgánico-funcional,
- b) contractual y
- c) sancionatorio, finalizando con la exposición de las principales conclusiones.

En pocas palabras el objeto del trabajo es el análisis de casos reales que exhiben situaciones que merecen atención y consideración debido a la dimensión que adquieren al afectar derechos fundamentales de los administrados, ya sea al constituir prácticas administrativas no adecuadas, o al presentar irregularidades que deben subsanarse sin dilaciones, más aún si tenemos en cuenta el importante desarrollo que ha cobrado el derecho administrativo en las últimas dos décadas.

Por tales razones, cobra importancia decisiva la metodología que mencionáramos precedentemente, consistente en confrontar la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión de los diversos tópicos que luego expondremos.

VI. Marco teórico general

Como marco general, seguimos el desarrollo teórico y las nociones expuestas en las obras bibliográficas generales y particulares que citamos en la finalización del trabajo, junto a los dictámenes emitidos por la Procuración del Tesoro de la Nación, utilizados en los pertinentes análisis efectuados. Más adelante formularemos mayores precisiones y desarrollaremos los conceptos mencionados, por ahora entendemos que es suficiente afirmar que consideramos que la organización de la Administración, en gran medida ha desvirtuado su esencia en razón de haber desviado el poder de sus órganos con un destino que no se tuvo en cuenta al momento de ser creados.

Ello promueve la necesidad de reformular sus componentes constitutivos y por lo tanto se torna imperioso su tratamiento y estudio a la luz del Estado de derecho al que debe sujetarse.

VII. Marco conceptual

A continuación, consideramos necesario precisar los principales términos que empleamos en análisis: Cabe destacar, que las instituciones del derecho administrativo en la realidad, frente a los vacíos o a la insuficiencia del derecho positivo, se vale en gran parte de la doctrina que ha venido a colmarlas, elaborando reglas en escala cada

vez mayor, por lo que las soluciones virtualmente arribadas, han respondido a principios de justicia y equidad, a la vez que han contemplado adecuadamente los intereses públicos y las propias necesidades de la Administración.

Su abordaje nos conduce a trabajar con el concepto de desconcentración *ut supra* referenciado y con el que vamos a desarrollar el presente trabajo: *"En los entes descentralizados institucionales o por servicios no existe desconcentración sino desconcentración funcional, porque no se opera un atribución de poderes de decisión necesarios, independientes y eficaces, como se verifica en los supuestose desconcentración administrativa de base territorial"*³postula la doctrina.

Dicho enfoque es congruente con la inestimable visión política que nos enseña Parada Vázquez, en la que nos detendremos en el avance de este trabajo. máxime, si consideramos que la desconcentración funcional consiste en hacer descender el poder de decisión en los órganos de una jerarquía centralizada, aumentando consiguientemente de una manera normal las atribuciones o competencias de los órganos inferiores⁴.

En suma, es clave que el orden político/administrativo comprenda, que la desconcentración implica un principio constitutivo de la organización administrativa, que se traduce en un reparto de competencias administrativas permanente y definitiva, por lo que ha de proceder esencialmente de la ley⁵. Sin perjuicio de lo formulado, cabe destacar que el derecho administrativo en materia organizatoria, ha evolucionado en muchos aspectos, simultáneamente al proceso del orden democrático, lo que trajo aparejado una cantidad de cambios y novedades, que ha ampliado significativamente su órbita. Por esa razón, se torna impostergable tratarlo en razón de las implicancias que genera en el Estado constitucional de derecho. Y en este orden, nos acercamos a su concepto, en el plano valorativo, con el que vamos a trabajar.

Para ello es necesario distinguir los principios, de los valores.

En primer lugar, entendemos que corresponde encauzar la cuestión siguiendo a Parejo Alfonso⁶ quien es situable dogmáticamente entre quienes postulan la distinción fundada en las mismas bases que Perez Luño⁷ en cuanto a que está dada por un razón de grado en punto a su concreción, sin perjuicio de asignarles a ambos carácter normativo.

Los valores son más abstractos, genéricos e indeterminados que los principios -nos detendremos en el Capítulo IV del presente trabajo-; mientras aquellos se estrechan a la zona de contacto del derecho con la política, la moral y la ética, no ocurre lo mismo con los principios, en un plano secundario que los relega hacia el interior del derecho.

³ (ob. cit)

⁴ GARCIA MARTINEZ, "Revista de Administración Pública" ISSN 0034-7639, N° 45, 1964, ps. 245-252

⁵ GARCIA MARTINEZ, "Revista de Administración Pública" ISSN 0034-7639, N° 45, 1964, ps. 245-252

⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano "El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos" Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 153, 2000, págs. 217-25.

⁷ PEREZ LUÑO, Antonio "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución" Ed. Tecnos, 20 edición, 1986.

En síntesis, el Estado constitucional y social de derecho es un criterio básico para enjuiciar las acciones y establecer sus fines que deben presidir el orden jurídico, al que este sector de la doctrina le asigna – y nosotros adherimos-, una triple dimensión:

- a) **fundamentadora** de las instituciones y del ordenamiento jurídico
- b) **orientadora**, en la dinámica del orden jurídico hacia fines predeterminados
- c) **crítica**, en razón de que sirve de criterio para justipreciar hechos y conductas.

Sin dudas, esta tridimensionalidad ocupa un lugar preeminente, de modo tal que las instituciones *jusadministrativas* no pueden explicarse ni dárseles sentido en la medida que no tengan sustento en la fuerza de la que se nutren. Esto significa, que ciñéndonos al plano ontológico de la Administración, esta tiene sus propios valores, que en su mayoría son instrumentales, como sostiene Nieto; no son valiosos por sí mismos sino en la medida en que son útiles para un valor superior.

Su pensamiento es fundamental para abordar la organización de la desconcentración funcional. Nos recuerda el autor que: *"La coordinación o la proximidad al ciudadano son, por ejemplo, dos de estos valores imputados a la Administración, pero si se consideran valiosos es porque favorecen a otro valor superior: el servicio a los intereses generales. La segunda característica de los valores administrativos es la heterogeneidad dado que unos son de naturaleza política (como la vicariedad servicial), otros ética (como la imparcialidad) y otros técnica (como la coordinación). Estos últimos, a diferencia de los anteriores, son intrínsecos, es decir, no impuestos desde fuera sino derivados de las exigencias internas del funcionamiento de una organización. La tercera característica, en fin, es su pragmatidad. Lo que significa es que en este ámbito importa no su formulación teórica abstracta sino su aplicación real y concreta. Lo que importa –en otras palabras- no es si la Administración asume el valor de la eficiencia o el de servicio a los intereses generales sino si en un caso concreto está operando con eficiencia o si la declaración de interés general de una actividad concreta es correcta o no. Nadie sabe con precisión lo que es justicia, ni es importante saberlo; pero todos nos sentimos capacitados para calificar una decisión o una situación determinadas de justa o injusta"*⁸. Por otra parte, tengamos en cuenta que resulta discutible hablar de valores en sentido estricto. Se descuenta que todos son valores o disvalores; pero no tenemos que perder de vista que en el derecho administrativo siempre se ha tratado a estos conceptos como *"principios"*: aparentemente de modo más neutral, menos vulnerable a contaminaciones políticas o éticas. De aquí la generalización de los *"principios de organización"*, acuñados por la ciencia de la Administración y que hoy se tienen por valores.

Constituye la garantía de los procedimientos, que tiene por finalidad la de asegurar el interés general y el de los administrados. Por los primeros se mantiene la eficiencia y la seguridad en los servicios y las funciones públicas, en cuanto a los segundos, aseguran los intereses que le reconoce la ley y evita la ilegalidad y arbitrariedad de los funcionarios. La seguridad jurídica es una exigencia ineludible del derecho pues es su dimensión ontológica; por ello las normas de los entes a estudiar deben caracterizarse por sus certezas, claridad, precisión y congruencia evitando contradicciones,

⁸ NIETO, Alejandro *"Los supuestos valores de la Administración Pública"* Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ISSN 0210-4121, N° 88, 2011, págs. 235-25

vinculándose, con las notas de justicia y eficacia que deben orientar el quehacer de los órganos estatales.

En definitiva, se trata de tener presente las enseñanzas de García de Enterría, quien funda en el imperio de la ley –sobre los principios de legalidad y razonabilidad- la razón de ser del sistema, donde *“los derechos fundamentales sean respetados y constituyan la base del sistema y la libertad y la autoridad no se enfrenten y se destruyan recíprocamente, sino que se entrecrucen en un todo armonioso, sólo el imperio de la Ley puede ofrecer la solución”*. como nos ilustra en su discurso de investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad Carlos III de Madrid, que pronunciara el 30/09/94.

En concordancia, el derecho público ha elevado en varias potencias su significación como un medio inexcusable de la articulación social y política, por lo que ha resignificado su rol.

No sólo regula la situación de los distintos sujetos en el sistema, sino que sólo a través suyo el poder público puede desenvolverse y gobernar, ya que sin división de poderes y libertades no habrá Estado de derecho y si vemos que este funciona irregularmente lo que debemos hacer señala Gordillo, es corregir sus defectos y no acentuarlos. De no hacerlo, sería inevitable su desequilibrio.

Y en esa misión se inscriben los aportes que intentamos realizar desde este trabajo.

Finalmente, a la luz de lo expuesto anteriormente y como la realidad marca un compás que no puede dejar de desconocerse en la compleja democracia moderna, concluimos que es oportuno analizar este tópico bajo el prisma que construye Nieto (8), cuando afirma que es la voluntad del estado, de los ciudadanos y de los partidos la base sobre la que se construye el Estado de derecho, *“son quienes con el esfuerzo de cada día lo erigen, evitando de este modo que se le sigan reventando las costuras...”*⁹, por lo tanto se exige su reformulación para concordarlo con las exigencias de la realidad actual.

Esta restauración es una tarea que le acomete a todos los ciudadanos especialmente a los profesionales del derecho, apelando al afianzamiento de la cultura de la legalidad, que se exige, tanto de las autoridades administrativas como de los particulares al interferirse sus conductas por los motivos de interés social que persiguen las normas del derecho administrativo.

De eso se trata y reiteramos, este aporte está signado por esa meta.

VIII. Marco de referencia personal

En primer lugar, mis comienzos académicos en el ámbito del derecho público tiene lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario a los pocos años de la reapertura del sistema democrático, con lo que ello implicó para todos aquellos que hoy asumimos la vocación profesional del derecho: la revalorización de las instituciones republicanas desde el enfoque que comenzaba avizorar el orden jurídico, en su doble fuente: el derecho interno y el derecho internacional, reconociéndose en 1994 con la reforma constitucional.

⁹ NIETO, Alejandro; *“Crítica de la Razón Jurídica”*. SBN: 978-84-8164-90248 ps., 1ª edición, Fecha de publicación: marzo 2007

Paulatinamente me incorporé a las actividades de aquella institución, iniciando mi carrera docente con la adscripción a la cátedra de Derecho Constitucional I (Parte Orgánica) y lo propio en otras universidades, concitándome desde entonces, la atención y preocupación por el rol de las instituciones de la estructura orgánica del poder político de nuestro país; como en la actualidad, que contribuyo a su conocimiento y discusión a partir de un cada vez más afianzado proceso de enseñanza-aprendizaje, a cargo de Derecho Administrativo y en la cátedra de Derecho Político y Derecho Procesal Constitucional Federal de la querida Universidad de San Isidro.

Ello, estimulado a partir de la experiencia personal y técnica de asesoramiento en el ámbito de la Gerencia de Asuntos Jurídicos del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, persona pública no estatal (ley 17.741 -t.o 2001- y decreto 1536/02) y en calidad de Director General del área legal del Ministerio de Cultura de la Nación, a fin de acercar algunos aportes para contribuir al legítimo ejercicio de aquellas, por la garantía que ello representa, en pos de la vigencia de los derechos de los administrados.

Asimismo, aspiro a fortalecer dicho propósito, y en lo que fuese pertinente, a través de las enseñanzas impartidas en la Especialización en Contratos Administrativos de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Es decir, aproximarme y descubrir el ámbito público, a la luz de las facetas pedagógico/docente y técnico/profesional, que me han permitido incorporar herramientas de análisis aplicables al objeto de este trabajo.

IX. Plan de trabajo

En primer término y a partir de las nociones expuestas, efectuaremos una breve introducción a la relación que aquellas guardan entre sí, a modo de matriz teórica en la cual ubicamos el tema, de conformidad con el esquema de análisis que proponemos.

El objetivo de esta primera parte del desarrollo es señalar algunas experiencias que demuestran cual es el estado actual orgánico-funcional de algunos órganos conocidos, cuyas prácticas de modo ostensible no se sujetan a los presupuestos básicos del Estado constitucional y social de derecho.

Al referirnos al aspecto contractual de los entes, identificaremos algunas situaciones que han afectado los principios básicos de la contratación pública de adquisición de bienes y servicios, al celebrarlas y que se contraponen a las pautas que la regulan actualmente.

Abordaremos cuestiones básicas del aspecto sancionatorio, en especial, referente a la violación de la garantía de defensa en juicio y al plazo en la investigación sumarial, notas que merecen nuestro análisis y consideración, a partir de la sentencia emitida en el caso *"Musante"* por la Sala "A" de la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Ciudad de Córdoba, en relación a la potestad sancionatoria de la Administradora Federal de Ingresos Públicos.

Finalmente, pensaremos algunas ideas acerca de la aplicación de los principios constitucionales y los generales del procedimiento administrativo en la organización administrativa de nuestro país.

X. Introducción temática

Tratar los aspectos de la desconcentración funcional en el Estado constitucional y social de derecho, significa pensar el poder estatal para hacer teoría jurídica y reafirmar en el terreno de los hechos y la razón práctica la fe democrática en la realidad con la que actúa la Administración. Es lo que persigue este trabajo.

Por ello, insistimos en la personificación del Estado como pieza fundamental de la teoría del derecho público contemporáneo que hunde sus raíces en la democracia, para entender la sumisión al derecho del universo administrativo, máxime si tenemos en cuenta de qué modo sus ideas y la conmoción que sufren las instituciones, impactan en el derecho administrativo y en sus aplicaciones prácticas.

Lo expuesto, será indispensable para entender como el orden estatal planeado y vivo en la conciencia de sus miembros, es lo único que permite el funcionamiento de sus órganos, creados para cumplir con su misión, sin mayores obstáculos.

Las investigaciones que pudimos consultar y que han contribuido a la realización del presente trabajo, han dejado varios problemas planteados pero los datos son aun insuficientes en relación al rol que desempeñan en la estructura organizativa del Estado. Por tal razón, la extensión y la complejidad de las relaciones sociales en interacción con la órbita estatal, nos compromete a fortalecer aquella visión de la Administración y consolidar *“el sistema burocrático en los Estados con base democrática”*¹⁰.

Lejos de oponerse desde lo ideológico, la burocratización se consagra a la democracia, a la luz del principio de la legalidad, como técnica del poder sobre la que se forma el derecho público. Aquel desafío se cumplirá progresivamente al valorar el alcance que adquiere dicho fenómeno que describimos, con el aporte y la intención de superar los problemas existentes.

Ello significa no solo asegurar el desempeño de los órganos en el ámbito de sus potestades, sino también arbitrar las soluciones más justas, cuando amerite al *“ponerle vallas a lo poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares”*¹¹.

Ello impone la necesidad de resaltar dicho aspecto de la Constitución nacional como norma jurídica a la que debe ajustarse el Estado y todos sus poderes, pero también resulta que a ella se incorpora como contenido el conjunto de derechos de los ciudadanos que el Estado debe respetar y garantizar conforme las obligaciones a las que se sujeta a partir de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, reconocida en el artículo 75 inc. 22 de la Carta magna. Se nos presenta una dicotomía entre derecho y organización en la vida de los organismos desconcentrados

Lo que se traduce en un hecho ineludible en el desarrollo de la funcionalidad orgánica de las instituciones: la relación del derecho y política, que estriba en la necesidad de destacar la dimensión y alcance de los principios y derechos fundamentales de la Constitución nacional, cuya fuerza expansiva debe impregnar la compleja red de entes,

¹⁰ WEBER, M.: *“Economía y sociedad”*, volumen. I, Fondo de Cultura Económica, 1944.

¹¹ GORDILLO, Agustín *“Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 8 Cap. I, 2013 p 68* Fundación de Derecho Administrativo”. http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf

con una máxima que no podemos dejar de considerar en estos tiempos: la organización no constituye derecho en la misma forma que cuando se somete.

El objeto de su estudio es didáctico e histórico, porque el Estado constitucional y social de derecho, es una forma de organización jurídica; de modo que la organización es derecho y el derecho es organización en un fenómeno que se erige como una garantía social con perspectiva superior a la meramente individual, sin perjuicio, claro está, de que en el beneficio colectivo y social quede implícito el individual que para cada ciudadano ello representa.

Arribado a este punto, hay en su vida institucional, una organización del poder coactivo y social y una administrativa que lo estructura, encomendada a normas de rango inferior a la Constitución e, incluso, de la ley, que se traduce en una discrecionalidad de la voluntad política en la decisión adoptada, pero que adquieren carácter jurídico en cuanto deben someterse a los principios de racionalidad, eficacia, eficiencia, incluso de economía de gasto público o en cuanto deban precisar las competencias de los órganos administrativos como potestades de actuación en la esfera de los ciudadanos.

Como vemos, **es determinante el respeto por los derechos y principios que se ponen en juego en el diseño del poder estatal, porque finalmente, configura el reconocimiento de la dignidad humana en el proceder administrativo.** En ambos casos, nos encontramos ante el objeto y el fin del derecho que abordan estas cuestiones, que no son otro que el derecho al que se someten los poderes públicos, siendo que el *"derecho administrativo es derecho constitucional y derecho político..."*¹², a la luz de la ley general que debe justificar todos los actos singulares del poder y legitimar el Estado como Estado de derecho, y no la técnica de ciertas formas jurídicas. Aún con mayor razón si admitimos que en la realidad que nos toca vivir *"ni el poder estatal es ya uno y único fundamento del ordenamiento jurídico, ni la distribución de funciones se perfila de un modo claro y perceptible con precisión"*¹³; como lo ha demostrado entre nosotros la dimensión adquirida por la estructura orgánica-administrativa, especialmente a partir de las modificaciones implementadas en los últimos tiempos¹⁴ no solo en conocidos instrumentos jurídicos sino en piezas político-institucionales que han diseñado la realidad administrativa del Estado.

En aquel contexto y a fin de lograr que el programa de declaraciones de la Constitución nacional cobre significado, no podemos dejar de reconocer en la voluntad política del Estado, de los partidos y de los ciudadanos el elemento capital del derecho y pilar básico en el que se sustenta el orden jurídico. El desafío está planteado y no admite postergaciones; en el terreno de las definiciones; intentaremos abordar los aspectos de mayor trascendencia.

Recordemos, determinamos los siguientes planos delimitatorios para tratar algunos aspectos de la desconcentración funcional, a fin de conocer su grado de sujeción al orden jurídico:

. orgánico-funcional,

¹² GORDILLO, Agustín (Ob. Cit) Tomo I, Capítulo I, 1998. P. 6

¹³ PEREZ HUALDE, Alejandro, *"Descentralización administrativa y «descentralización constitucional»*," JA 2005-II,

¹⁴ FRIAS, Pedro, Ob. Ci

- . contractual, y
- . sancionatorio.

¿Cuáles han sido los criterios de selección de aquellos aspectos escogidos?

Simplemente, aquéllos que por su naturaleza deben ocupar inexcusablemente un espacio de prevalencia y análisis permanente en la vida de nuestro actual derecho administrativo, no solo para verificar como inciden en la práctica, sino para ponderar situaciones en las que más agudamente se plantea el conflicto permanente recurrente entre la autoridad estatal y la libertad de los ciudadanos en su esfera de autonomía personal, con el objeto de corregir las irregularidades que se presentan en las actuaciones administrativas de un sinnúmero de entes y reparticiones.

Se realiza la tarea propuesta con el objetivo de difundir y consolidar aquellas soluciones justas que han resuelto situaciones en los diversos organismos abordados en el presente trabajo, de modo de aportar elementos válidos que contribuyan a configurar el orden jurídico y democrático actual.

XI. Desarrollo. Nociones y fundamentación.

Previo a dar tratamiento a los temas consignados, entendemos que es conveniente desentrañar algunas nociones conceptuales para comprender su importancia en el marco del régimen federal que se erige nuestra organización.

La descentralización administrativa (en rigor desconcentración funcional) es uno de los principios rectores de la administración pública, definido como mecanismo de distribución y atribución de competencias que tiene por finalidad su mejor administración y funcionamiento¹⁵; y admite una multitud de variantes y grados que se resuelven en la siguiente pregunta: las funciones y los servicios estatales deben ser satisfechos por el Estado directamente o a través de otros entes públicos?¹⁶; o como transferencia de competencia a un ente no territorial por razones de servicio?¹⁷. Insistimos: debe atenderse el centro del problema de este fenómeno que reside en la conclusión del trabajo citado *ut supra*: “En los entes descentralizados institucionales o por servicios no existe descentralización sino desconcentración funcional.....”¹⁸, siendo congruentes con la visión política que le imprime Parada Vázquez al considerar que la “La desconcentración, a pesar de haber sido considerada como técnica de menor significación, algo así como el pariente pobre de la descentralización..... tiene como se ha observado con extraordinaria agudeza, una virtualidad política muy notable, pues si en apariencia no pasa de ser una técnica de distribución más racional de las competencias entre órganos, descongestionando los superiores y acercando al mismo tiempo la

¹⁵ GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio “Principios Jurídicos de la Organización Administrativa” Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957 p.220 principales aspectos, en IEDA,

¹⁶ PEREZ HUALDE, Alejandro (Ob. Cit) En igual sentido GARCIA BELAUNDE, Domingo “La distribución territorial del poder en Iberoamérica (con especial referencia a la Argentina, Colombia, Chile, y Perú), Ponencia presentada a los “Encuentros sobre Derecho Iberoamericano. Sección de Derecho Público” organizado por la Fundación BBV, (Toledo, 11,13/12/1994), publicada en AA.W, “El derecho público de fines de siglo (una perspectiva iberoamericana”, coordinado por Eduardo García de Enterría y Manuel Claver, Fundación BBV y Ed. Civitas, 1997 Madrid;

¹⁷ BREWER -CARIAS, Allan R. “Derecho Administrativo” editado por el Dpto. de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia en enero de 2006 - Universidad Central de Venezuela

¹⁸ REIRIZ, María Graciela, (Ob. Cit.)

Administración a los administrados, por otra parte, sus consecuencias políticas pueden llegar a ser trascendentales. Y esto sucede por cuanto el desplazamiento en sentido descendiente de las potestades públicas supone la traslación de éstas desde los titulares de los cargos de nombramiento político (Ministros, Secretarios, etc) a los componentes de la burocracia profesional, los funcionarios”.

Así, la desconcentración, puede suponer algo más que un reajuste normativo de las competencias y entrañar también un cambio cuantitativo del origen y estatus de las personas que han de desempeñar las competencias objeto de la misma... ”¹⁹. Todo ello, sin perjuicio de considerar las clásicas distinciones postuladas por Gordillo, en orden a que en la administración descentralizada, la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de su personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente. Y enfatiza que la diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de la personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo; en la desconcentración el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización, en cambio, el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquel al que se resta la competencia.

A la luz de los matices que nos ofrecen estos conceptos, como la razón y fundamentos de su instrumentación²⁰ compartimos con el autor dar por sentada la existencia de tres pautas básicas que sustentan la tipología de los diversos entes y bajo cuya óptica abordaremos el tratamiento de los siguientes capítulos:

- . la **eficacia**, entendida como un principio jurídico específico natural y esencial de la actuación administrativa, en aras de mejor calidad y racionalización del uso del poder.
- . la **participación política** y
- . el **principio de subsidiariedad**.

En realidad se trata de pautas genéricas de la organización administrativa, conducidas vía principio de subsidiariedad –que lo abordaremos en primer término– que en su aplicación, fundamenta la descentralización y se encuentra implícito –como enseña Frías– *“para aconsejar al Estado no emprender sino lo que excede a los individuos y a los grupos sociales”* y *“que las autoridades superiores no deben hacer lo que pueden hacer bien las inferiores”*.

Dicha construcción reposa en un principio de ética social referente a establecer un equilibrio a favor de los individuos y de las pequeñas comunidades. La subsidiariedad regula constructivamente la relación entre desiguales: entre persona y persona, persona y sociedad y viceversa, entre sociedad y sociedad; de tal modo que en esta complementariedad escalonada, aparezcan los diferentes planos y la necesidad de mutua complementación entre ellos. Este pensamiento se completa con el expresado por Sánchez, cuando afirma que *“si el bien común es la meta del Estado, la autoridad su herramienta y la solidaridad su camino, el principio de subsidiariedad es su límite”*. Y lo hace con razón que lo público tiende directa e indirectamente al bien común, ya que, el

¹⁹ PARADA VAZQUEZ, Ramón *“Derecho Administrativo”* T I 3º edición revisada 1993

²⁰ PEREZ HUALDE, Alejandro (Ob cit.- p.7) con citas de FRÍAS, Pedro J, *“La descentralización”* .p.161 y SANCHEZ, Alberto M. *“Intervención estatal: desregulación y principio de subsidiariedad”* en Revista de Derecho Administrativo 18, enero-abril de 1995, Depalma (Buenos Aires, 1995) p 93.

bien común es el bien de todos, del todo social. Pero es necesario advertir que no solo el Estado debe pretender satisfacer el “bien común” sino que es una tarea de todos los habitantes y, por ello, considero que todos debemos procurar lograrlo.

En síntesis, el principio de subsidiariedad y la legitimación moderna del estado convergen en tres aspectos: a) el individuo es el criterio supremo, b) el estado es legítimo sólo subsidiariamente, y c) se transfieren al estado solo competencias vedadas individualmente.

En segundo lugar, es dable indicar que la eficacia se materializa por la mayor proximidad del organismo con los administrados que se encuentran en una misma situación fáctica, que se pretende ordenar mediante el uso apropiado de las atribuciones conferidas por el poder estatal. También contribuye a la calidad del servicio, el principio de especialidad reconocido por la Procuración del Tesoro de la Nación en sus dictámenes, con lo que ello implica en materia de actuación de sus órganos administrativos (1d), en beneficio de la comunidad. Aquella proximidad y la especialidad mencionadas, contribuyen a la seguridad de las razones indicadas: la participación política.

De este modo, la descentralización se traduce en un canal de participación especializada, cuando es funcional, convirtiéndose los administrados en gestores del bien común. Por esta razón, es indudable que la descentralización administrativa, no sólo en el ámbito nacional sino a escala global, configura una cuestión política que merece atención permanente, ya que permite contrarrestar los drásticos cambios que la complejidad social trajo aparejados en todos los niveles, con sustento en pautas jurídicas ineludibles. Si partimos del mandato del artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inc. 22 de la Constitución nacional-exige que los Estados partes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por ella, no podemos dejar de reconocer que se trata de obligaciones que limitan la autoridad del Estado para eventualmente restringir el ejercicio de los derechos, máxime cuando nuestro Alto Tribunal reconoce la operatividad de los tratados de derechos humanos y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de aquellos.

Asimismo, es dable indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 165 del caso Velázquez Rodríguez pronunciado el 29 de julio de 1988, ha reafirmado que el ejercicio de la autoridad pública, tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado y que el aparato estatal tiene la obligación de garantizarlos y de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de aquellos. Competan el marco jurídico, aquellos instrumentos suscriptos por Argentina en calidad de parte, tales como la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, la Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico, entre los más importantes. En línea a lo expuesto, es auspicioso que el artículo 810 del Capítulo XIII *“De los espacios de participación ciudadana”* del decreto 4174/2015 del poder Ejecutivo de la provincia de Santa Fe, constituya un paso fundamental en la materia, y reconozca que *“...las autoridades superiores de los entes descentralizados autárquicamente, empresas o sociedades del Estado, podrán convocar*

a un procedimiento administrativo para la elaboración y revisión de un acto administrativo de alcance general con contenido normativo y para la formulación de proyectos de ley para su eventual remisión a la Honorable Legislatura”, a fin de lograr “el acercamiento de los principios y normas del procedimiento administrativo al surgimiento de un “derecho a una buena administración” para optimizar la calidad de las decisiones y garantizar la participación de los ciudadanos, procurando una estructura dialógica que permita el afianzamiento de los institutos que persiguen ese fin”, entre los propósitos que se desprenden de sus considerandos.

En síntesis, los elementos jurídicos precedentemente expuestos, delimitan un espacio de convergencia de derechos individuales e interés general, que linda básicamente entre la libertad y la autoridad, ámbito en el cual el Estado no puede instituirse como el único agente de determinación del bien común, aunque finalmente lo realice a partir de las necesidades sociales, la participación ciudadana y de organizaciones comunitarias. La creciente utilización de la Gestión Documental Electrónica en la actividad administrativa en el Estado nacional y progresivamente en las provincias, afianzará la relaciones entabladas en aquél espacio, con un constante perfeccionamiento del marco normativo aplicable, resultando por tanto fundamental la incorporación del expediente electrónico en aquellas provincias que aún no lo han adoptado, a fin de facilitar la participación ciudadana sin necesidad de desplazarse a las oficinas públicas salvo en casos estrictamente necesarios, lo cual redundará en ahorro de tiempo y recursos públicos y de los propios interesados, comportando un modelo de regulación ágil, relacionado estrechamente con el progreso tecnológico. De lo que se trata es de implementar una serie de instrumentos e institutos que contribuyan a mejorar la calidad de la gestión pública, buscando elevarla a niveles de excelencia con la finalidad de satisfacer las necesidades de la ciudadanía con equidad, eficacia y eficiencia.

CAPÍTULO I

I. Aspecto Orgánico funcional

II. La búsqueda del equilibrio institucional. El aporte de la ley N° 25.152

En ocasiones, las prácticas de la organización amenazan con desvirtuar seriamente las notas y características propias de la naturaleza de las instituciones descentralizadas, que deben resguardarse, para garantizar la voluntad de sus órganos. Es una preocupación que no decae, si advertimos que nuestra estructura institucional nos ofrece un universo de la más frondosa tipología de entes²¹, que deben garantizar sus fines con arreglo a la normativa que los regla.

Sin embargo son frecuentes los ejemplos que la práctica administrativa les prodiga a las autoridades, por lo que coincidimos con Gordillo, que la experiencia ha demostrado que *“el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política. Pero una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y otra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda que no pocas veces llega al cese fulminante por una diferencia de opinión con la autoridad política de turno”*²². Es necesario trabajar las enseñanzas del mencionado autor. Y es que, en este punto como en tantos otros, aquella influencia se excede y no en pocas ocasiones su afán de encasillar la realidad en unas pocas categorías generales, conduce a que éstas carezcan de operatividad al terminar albergando figuras, que no tienen entre sí el menor punto de contacto. No es menor señalar que un aspecto que pudo haber condicionado la independencia funcional orgánica es el modo de creación de estos entes, por el Estado, que ha sido objeto de posturas antagónicas durante mucho tiempo, zanjándose a partir de la aprobación de la ley 25.152 que prevé la obligatoriedad de la creación de los entes descentralizados a instancias del poder Legislativo.

Sin perjuicio de ello, reseñamos dichas opiniones, para valorar la concepción de sus autores sobre el sistema jurídico; de ello depende en gran parte, la composición y el funcionamiento organizacional en Argentina. El punto en discusión: si el medio adecuado para crearlos es una ley formal o un decreto del poder Ejecutivo. Conforme la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación -de febrero de 2001, luego de la ley 25.152- *“la facultad de creación de entidades autárquicas le corresponde al Poder Ejecutivo, por imperio de nuestra Constitución, y solo por vía excepcional al Poder Legislativo”,* y sin perjuicio que éstas *“no tengan a su cargo la ejecución de funciones expresamente reservadas al Poder Legislativo por la Constitución Nacional y en la medida que cuenten con fondos para constituir su patrimonio de afectación”*. (1 a).

La Casa Asesora construye tal posición a partir de una serie de afirmaciones que entendemos oportuno plasma para la reflexión.

“Cuando la Constitución Nacional reserva al Congreso facultades de legislación para un sector “especial” de la Administración, sólo por ley podrán crearse las entidades autárquicas que tengan a su cargo ese sector determinado de la Administración...”^o

“La personalidad jurídica de Derecho público es propia del Estado mismo y no de los diferentes Poderes del Estado; de donde es dable concluir que la asignación de personalidad jurídica parcial -a una desmembración suya- no es una facultad privativa y excluyente de ninguno de aquellos Poderes. Y siendo ello así, no parece jurídicamente correcto afirmar

²¹ ALVAREZ RICO, Manuel: *“Introducción al Estudio de la Estructura Orgánica de la Administración Pública en España”*. Estudios. 1976, ISSN 0012-4494, N° 170, 1976, págs. 135-154

²² GORDILLO, Agustín *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Parte General, Tomo I Capítulo I *“El Método en derecho. Cuestiones fundamentales”*. Fundación de Derecho Administrativo Año 2003, p. 346

que como la personalidad sólo puede concederla el Congreso, sólo éste puede crear entes autárquicos”.

“La personalidad jurídica de Derecho público puede acordarla tanto el Poder Legislativo (en el sector “especial” de la Administración sobre el que le está reservado legislar en virtud de cláusulas constitucionales), cuanto el Ejecutivo en la esfera de la Administración “general” del país. Y por mediar la misma ratio juris también debe reconocerse la facultad de fijar atribuciones (competencias) tanto a uno como a otro Poder en sus respectivas esferas. La concesión de personalidad jurídica de Derecho público y de competencia no pueden reputarse argumentos valederos para negar al Poder Ejecutivo la potestad de crear entes autárquicos”.

“Aunque el ente a crearse no sea de los que constitucionalmente están reservados al Congreso de la Nación, también requieren ley aquellos que deban instituirse sin contar con fondos para constituir su patrimonio de afectación”

“Las entidades autárquicas, como principio general, sólo pueden crearse por decreto del Poder Ejecutivo, implicando su creación por ley un acto violatorio de la Constitución porque traduciría, por parte del Legislativo, un cercenamiento de potestades constitucionales atribuidas al Ejecutivo a la vez que una intromisión en la zona constitucional de “reserva de la Administración”.

“La creación de una entidad autárquica por decreto del Poder Ejecutivo implica un acto constitucionalmente correcto que se traduce una autolimitación válida de sus propias atribuciones. Por ello si el Presidente de la Nación tiene la Administración “general” del país, el Congreso sólo podrá tener la Administración “especial” que la Constitución le atribuya. En efecto, el Congreso tiene dichas atribuciones “especiales” que incluyen, por cierto, la correlativa facultad para crear entidades autárquicas que tengan a su cargo ese sector determinado de la Administración”.

En consecuencia, el poder Ejecutivo puede -por decreto- crear un ente autárquico transformando en tal un servicio determinado, acordándole personalidad jurídica y competencia e imputándole como patrimonio de afectación los respectivos fondos presupuestarios. Y si alguna ley -en sentido formal- se opusiera a ello sería violatoria de la Constitución nacional. Con la ley 25.152, no se derogó el artículo 9 de la ley 20.705 que faculta al poder Ejecutivo a constituir Sociedades del Estado (se discutió en torno de las consideraciones del Síndico General de la Nación respecto del decreto 94/01, por el que se creó la empresa Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado). Desde esta óptica, la 25.152, no impidió que la Administración acuda a un tipo legal ya existente y cumplir con sus objetivos. Asimismo, de la interpretación armónica de los preceptos contenidos en la ley de Sociedades del Estado, de la ley de Convertibilidad Fiscal y del inciso b) del artículo 8 de la ley 24.156, se desprende que **si bien el poder Ejecutivo no puede, por su sola voluntad, crear nuevos tipos legales, sí puede recurrir a los ya existentes para el cumplimiento de sus objetivos (1e)**

Finalmente, el citado autor²³ participa de la creación por ley, “... *ello es correcto aún más con la nueva Constitución, que al procurar limitar las facultades reglamentarias de la administración deben ser interpretadas conforme los principios de un Estado de Derecho, democrático y liberal, y no a un sistema de tinte cesarista*”. Para evitar el riesgo que padecería un ente creado por un sistema pseudo democráticos, deberá evaluarse su modo de creación. Nadie puede desconocer las cualidades del juicio sereno, el disenso y debate congresional necesarios para constituir un organismo.

²³ GORDILLO, Agustín Ob. Cit. *Capítulo XIV, p. 5 2003*

III. El significado de la voluntad del legislador y el poder de organización.

Por cierto, el diálogo parlamentario se sustenta en aquellas cualidades de cara al consensuado diseño institucional. Si bien los legisladores conocen que no existe una armonía espontánea y automática en el diálogo, creen que no es imposible encontrar una conciliación, ya que éste “... hace encontrar a las opiniones diversas, a las posturas disímiles y es posible que por ese camino la honestidad política haga reconocer que está en el error. También es posible que civilizadamente se halle una fórmula que concilie posiciones diferentes...”²⁴

Ahora bien, ¿Qué significa organizar las instituciones públicas en el orden democrático? Compartimos con el enfoque de la doctrina, que se trata de “disponer sus estructuras, asignar cometidos, competencias a sus funcionarios para poder alcanzar sus objetivos, crear, modificar o suprimir estructuras, regular su naturaleza, conformar la capacidad jurídica de cada uno de sus componentes o unidades, entre las tareas esenciales a tener en cuenta. Es decir, el poder de organización cuando se aplica a órganos de naturaleza pública, constituye siempre una potestad de actuación conferida por el ordenamiento jurídico, ejercitándose dentro de los límites y con los condicionamientos que este último impone. Las bases de la organización general del Estado están en la Constitución. El elevado rango de la norma que dispone sobre tal materia se debe, naturalmente, a su importancia para garantía de la convivencia y derechos de los ciudadanos y también a que se trata de decisiones en las que está directamente implicada la potestad soberana de autoorganización que reside en el pueblo”²⁵.

Cabe destacar, a diferencia de la postura por la que las leyes aceptan que la Administración pueda decidir sobre su organización, otras postulan que “... el Estado en América Latina fue generando, a lo largo de su historia, un alto grado de control sobre una sociedad con baja capacidad de autorganización...”²⁶ por razones históricas y otras afines que no son objeto de este trabajo.

No obstante, la Administración posee potestades de auto organización, ergo está habilitada para reglamentar sus procedimientos, explicando “la tesis de las facultades concurrentes del Legislativo y del Ejecutivo, en materia de entidades descentralizadas...,”²⁷ en una visión moderada, en preservación de la incolumidad del contralor jerárquico del poder Ejecutivo. Previo a la ley 25.152, “... la respuesta quedaba en manos de la justicia”²⁸ a los fines de buscar una solución adecuada a un Estado de derecho, por lo que de no haber previsto en su artículo 5º que “toda creación de organismo descentralizado... requerirá del dictado de una Ley”, estimamos que, la posición más

²⁴ “El Estado de Derecho. “Los desafíos del mundo de hoy” Disertación del profesor doctor Ubaldo Centurión Morínigo, al incorporarse como miembro correspondiente en Paraguay, a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sesión privada del 23 de octubre de 2002.

²⁵ MACHADO MUÑOZ, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general”, Tomo X, La Administración del Estado, 2º edición. Santiago Muñoz Machado © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición <http://publicacionesoficiales.boe.es> : 786-17-143-8 ISBN (Tomo X): 978-84-340-2442-7 ISBN (obra completa): 978-84-340-2441-0. Madrid.

²⁶ RAMIREZ BROUCHOULD, María Fernanda “Las reformas del Estado y la administración pública en América Latina y los intentos de aplicación del New Public Management”.

²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA” y “Derecho Administrativo I” 3ª Edición actualizada 1991 Editorial AbeledoPerrot

²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA” y “Derecho Administrativo I” 3ª Edición actualizada 1991 Editorial AbeledoPerrot

razonable hubiese sido adherir a la tesis concurrente, *a modo del "acto complejo"*²⁹. En este esquema pendular, al exponerse en el CLAD, el estudio del poder Ejecutivo y su relación con los organismos descentralizados³⁰, a partir de entrevistas realizadas al efecto con expertos, queda demostrado que lejos de reducir aquél su injerencia, tiende a diseñarlos con bajos niveles de autarquía de manera de poder direccionar y controlar su funcionamiento en relación con aquellos que son aprobados por el Congreso, como seguidamente reseñaremos.

III El comportamiento del poder Ejecutivo. Su incidencia en los organismos

Para arribar a la precedente conclusión, los expertos elaboraron un Índice de Autarquía de Organismos Descentralizados (IAOD) con tres dimensiones básicas:

-sus mecanismos de designación de autoridades: Por los que los presidentes prefieren nombrar a funcionarios de su confianza para garantizar el alineamiento de los organismos con su plan de gobierno, requiriéndole al Legislativo en acuerdo, designar funcionarios, **y de participación de otros actores en su conducción;**

-la flexibilidad organizativa del organismo: El incentivo que guía a los presidentes es el de controlar en la mayor medida posible el funcionamiento del ente, aunque la discrecionalidad de quien lo dirige pueda conspirar con esa pretensión) **y**

-su autarquía presupuestaria: Por la que se evalúa el porcentaje de los fondos asignados a cada organismo en relación con el presupuesto total de la jurisdicción a la que pertenece. Si es mayor, significa gravitación política en ella, ergo del Ejecutivo. Asimismo, los recursos propios de aquél, respecto del Estado implica la posibilidad de obtenerlos de una fuente distinta a la del Tesoro Nacional, siendo mayor su autarquía presupuestaria respecto del Ejecutivo.

De la investigación, se desprende que la marcada injerencia se manifestó a lo largo de las tres dimensiones relevadas, pareciéndose inherente al poder Ejecutivo, máxime si advertimos como se comportó, ante los casos de composición del poder con mayorías divididas que se han dado desde 1983, que ha facilitado la creación de los organismos descentralizados a través de decretos, permitiéndole, sortear en cada oportunidad, la mayoría opositora en el Congreso.

Por otra parte, surge del citado informe que *"los presidentes optaron preferentemente por mantener niveles importantes de control sobre áreas fundamentales del funcionamiento de estos organismos"*³¹, deviniendo en muchas ocasiones, en una al menos curiosa flexibilidad. A fines de 2016, los entes descentralizados conformaban el 75% del esquema organizacional de la Administración, ejecutaron por sí solos el 37% de su gasto total y el 41% del gasto en personal ese año, lo que significa que

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán *"Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"* C. XXX, año 1995, Editorial Ediar p. 5

³⁰ ALESSANDRO, Martín, GILIO, Andrés *"Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en la Argentina (1983-2009)"*, publicado en la Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 48. (Oct. 2010). Caracas

³¹ ALESSANDRO, Martín, GILIO, Andrés, Ob Cit.

mantuvieron sus estructuras, al mismo tiempo que se registró un leve ascenso en cantidad de empresas estatales y se incrementaron los fondos fiduciarios³².

Finalmente, el proyectado artículo 85 de ley 27.541 (de *"Solidaridad Social y Reactivación Productiva"*) -eliminado al momento de su sanción- facultaba al poder Ejecutivo a *"efectuar el rediseño organizacional de la Administración Pública Nacional descentralizada mediante la modificación, creación, fusión y supresión total o parcial de organismos descentralizados, así como modificación de sus autoridades superiores, objetivos, funciones, atributos y competencias"*. Por lo que varios organismos habían planteado que violaba la autonomía e independencia operativa prevista en la legislación y estándares internacionales (recomendación 29 del GAFI).

V. La deuda pendiente de las cartas constitucionales

En la historia del mundo occidental, se advierte en sus constituciones un abandono de la regulación constitucional de la organización de los poderes del Estado, en el sentido de estructurarse sólo a nivel constitucional las grandes líneas de su Administración. Por otro lado, su organización interna se encomienda a leyes ordinarias e incluso desaparece esta exigencia en cuanto a organización del poder Ejecutivo. Se explica este proceso³³ en el hecho de que el ámbito de la ley se configura en la lucha entre el parlamento y el monarca en defensa de sus atribuciones.

En este entorno, las constituciones pretenden asegurar como ámbito a la soberanía de la ley el de las normas que afectan a la propiedad y a la libertad del individuo, dejando en manos del monarca el resto de los poderes, entre ellos el de la organización, lo que, en la práctica supone, en términos de Alvarez Rico *"una devaluación de las cuestiones organizativas y que el derecho de la organización se disolviese entre todas las formas estatales de creación del derecho"*. En la actualidad, cualquiera que sea su explicación histórica, el derecho de organización se encuentra regulado en tres niveles normativos:

- a) el constitucional,
- b) el de la legislación ordinaria y
- c) el nivel reglamentario.

Dentro de este esquema, la potestad reglamentaria de la Administración en la materia tiene un margen de acción en el que actúa a veces con autonomía y otras con habilitación legal; traduciéndose en su clara preeminencia. A esta posición de privilegio del reglamento en materia organizativa coadyuva muchas veces el hecho de la rigidez formal de las leyes y la composición y funcionamiento del Congreso nacional poco aptos para acometer las continuas reorganizaciones que aquella necesita en nuestra época para poder acomodar sus estructuras al ritmo de los cambios socioeconómicos y a un creciente intervencionismo en materia económica y social. Pero esto no debería llevarnos a que los jueces abduquen de su misión de controlar los actividad que aquella realiza.

³² DIEGUEZ, Gonzalo, ZUVANIC Laura, VALSANGIACOMO Agustina *"GPS del Estado. Cuánto y cómo cambió el Sector Público Nacional"*, CIPPEC, Centro de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento

³³ FORSTHOFF, Ernst : *"Tratado de Derecho Administrativo"*, 1959, p 549

En definitiva, el modo de creación de los organismos descentralizados ha constituido siempre una herramienta para reconocer su independencia, al mismo tiempo que no podemos desconocer que tal concepto no es absoluto en sentido estricto, como tampoco que el principio clásico de la división de poderes, ha sido rebasado con la doctrina conforme a la cual, el poder es uno sólo, pero se distribuye para su ejercicio en órganos que se agrupan en ramas o en organizaciones, los cuales tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado.

VI. La Intervención administrativa en los organismos descentralizados.

VII. El Caso del Instituto Nacional contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación (INADI)

Previo a compartir algunas reflexiones en torno al organismo, recordemos brevemente su estructura básica y su derrotero institucional. Fue creado por medio de la ley 24.515 en carácter de entidad descentralizada, reglamentada a través del decreto 419/2015 en el ámbito del Ministerio del Interior, siendo transferido por decreto 184/2005, a la órbita del por entonces Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La normativa prevé que sea dirigido y administrado por un Directorio y asistido por un Consejo Asesor con funciones consultivas. El primero de ello integrado por nueve miembros: un presidente, un vicepresidente y siete directores, cuyos mandatos son de cuatro años. Los primeros mencionados, son designados por el poder Ejecutivo nacional a propuesta en terna por el poder Legislativo, siendo su objeto elaborar políticas nacionales para combatir toda forma de discriminación, xenofobia y racismo, impulsando y llevando a cabo políticas públicas federales y transversales articuladas por la sociedad civil y orientadas a lograr una sociedad diversa e igualitaria. Ello conforme a la norma legal que lo instituye.

Dicho ello, por decreto 721/1997 (prorrogado por los decretos 150/98, 646/98, 99/1998 y 1469/1898) se dispuso por primera vez la intervención del organismo, adoptándose nuevamente la medida por el decreto 296/2000. Luego de las respectivas renuncias presentadas por las autoridades que habían sido designadas a través de los reglamentos 1968/2010 y 2040/2010, el poder Ejecutivo vuelve a intervenir la entidad, a través del decreto 756/11 –fundado en la necesidad de normalizar su funcionamiento- (prorrogándose por los decretos 88/2011, 218/2012 –que regula facultades organizativas al interventor en funciones en ese momento- y los reglamentos 2379/2012, 2006/2013, 2303/2014, 1124/2018 y 432/2019). Posteriormente, se volvió a intervenir, esta vez, por el decreto 52/2016.

Finalmente, el decreto 57/20 aprueba la designación de la nueva interventora del ente, sumándose a los 17 decretos de similar naturaleza. Es decir, en cada caso enunciado, se decidió activar un mecanismo de control administrativo, represivo sustitutivo³⁴, como respuesta institucional a una situación de agudo descontrol e ineficiencia, tal como lo expresa el decreto 218/2012 citado. Por otra parte, el mencionado y el 756/2011 son los únicos en su especie que justifican las causales.

Por cierto, la intervención administrativa es un remedio excepcional en la vida del entes descentralizado, que supone la existencia de una grave perturbación en su

³⁴ MARIENHOFF, Miguel *"Tratado de Derecho Administrativo"* T. I, Bs As, 2003, A. Perrot, p. 55

modo de obrar que *"hace imposible la continuidad del servicio administrativo"*³⁵ sin embargo, de la lectura de los decretos que aprobaron la medida –salvo los casos *ut supra* mencionados-, no surgen las causales de procedencia de la figura, por lo que compartimos que *"... la decisión no puede ser arbitraria ni discrecional, debiendo obedecer a causas graves que originen una situación anormal..."*³⁶.

Por lo que se torna difícil comprender que persista su eventual estado anómalo a través del tiempo, como también que existan actualmente razones de controlar y reestablecer una supuesta normalidad del INADI, fortaleciéndose esa idea, no sólo a partir del continuo ejercicio de la potestad reglamentaria del poder Ejecutivo que impide su adecuado funcionamiento, sino porque además desde el año 2014 el Instituto asumió el cargo de Presidencia y Secretaría Técnica de la Red Iberoamericana de Organismos y Organizaciones contra la Discriminación (RIOOD) en el período 2014-2016 y en 2016 fue elegido para el período 2016-2018, lo que no debería ser un dato menor, en contraste con la realidad, en la que su estado de excepción devino permanente.

VIII. El incumplimiento de la ley 24.515 afecta la voluntad de sus órganos y la participación democrática en el Instituto.

En este punto, es dable indicar que se arribó a tal situación, sin agotar otros remedios jurídicos en el ámbito del INADI, *"para que proceda legítimamente la subrogación"*³⁷, imposibilitando el desenvolvimiento de sus autoridades, siendo que *"la intervención del organismo, sostenida sucesivamente desde 2011 hasta la actualidad, no ha permitido el funcionamiento de los órganos de dirección y consultivos previstos en su ley de creación. A su vez, la intervención desdibujó el perfil participativo previsto en la estructura definida por su ley de creación"*³⁸-, lo que impacta básicamente, en la participación democrática que consagra la ley y en la expresión de su voluntad decisional –en lo pertinente-, motivo del pedido del informe de la Cámara de Diputados con el objeto de que *"se llame al actual director interventor de INADI a expresarse al respecto, y por el otro, para pensar colectivamente salidas alternativas que saquen a esa valiosa institución del lugar de postergación e ineficacia en el que se encuentra desde el año 2011 a la fecha"*³⁹. Por consiguiente, es preocupante, el perjuicio ocasionado por la intervención a los órganos instituidos por la ley, impidiendo que los valores democráticos que se hallan comprometidos (la voluntad de sus integrantes, los requisitos para su formación tales

³⁵ BIELSA, Rafael, *"Derecho Administrativo"*, 4ª edición, 1947, p. 51, Bs As, Editorial El Ateneo

³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *"Derecho Administrativo"*, 7ª edición, Abeledo Perrot, Bs As 2008, T. I, p. 245.

³⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *"Derecho Administrativo"*, Tomo II, Buenos Aires Tipográfica, Editora Argentina, 1950 pág. 313..

³⁸ informe aprobado por el Colegio de Auditores de la AGN el 5/09/201, Resolución 164, actuación 109/17, Período auditado 01-01-2014 - 28-02-2017, Tipo de control: Informe de Gestión. (36) Expediente 6068-D-2018, Sumario: Pedido de informes verbales al interventor *"Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo - INADI -"*, Dr. Claudio Presman, ante la Comisión de Derechos Humanos y Garantías de la H. Cámara sobre el Informe Final de la Auditoría General de la Nación, Fecha: 01/10/2018.

³⁹ Expediente 6068-D-2018, Sumario: Pedido de informes verbales al interventor *"Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo - INADI -"*, Dr. Claudio Presman, ante la Comisión de Derechos Humanos y Garantías de la H. Cámara sobre el Informe Final de la Auditoría General de la Nación, Fecha: 01/10/2018.

como la sesión convocada, el quórum, el debate, por ej) se realicen en pleno y garanticen la voluntad final del organismo así como la formulación de sus políticas

En definitiva, y apartado que fuese el aislado episodio ocurrido en 2011 que finalizó con las respectivas renunciaciones de sus autoridades principales, pareciera que no han existido circunstancias anormales en el INADI en los 23 años de su existencia, que lo encuentren imposibilitado de realizar sus cometidos y que por ende eventualmente hayan exigido su intervención, ni el organismo se ha rehusado a cumplirlos⁴⁰ (37).

Veamos su situación actual, correspondería detenernos en el decreto 57/2020, porque no argumenta la intervención adoptada, que podría atenderse si eventualmente diera lugar a la suposición de un perturbador escenario institucional o de parálisis dentro del INADI. Tampoco se hace referencia a un informe técnico, documento o artículo académico que verifique tal situación, por lo que no existe la motivación del acto administrativo que la dispone eventualmente tornándose en nulo de nulidad absoluta, siendo aquella su requisito esencial que tiene por objeto exteriorizar el *iter* psicológico que ha inducido al titular del órgano a dictarlo, que no exterioriza las razones que lo fundamentan, por lo que carece de sustento jurídico para apreciar si se ha satisfecho la finalidad prevista en la norma que otorga facultades al órgano para ello⁴¹ (38)

En síntesis del presente Capítulo y en virtud de los elementos expuestos, se advierte la necesidad de dar tratamiento a dos situaciones institucionales, estructuralmente configuradas con notable permanencia, salvo aislados interregnos :

La relación del poder Ejecutivo con los órganos descentralizados: queda demostrado que lejos de reducir aquél su injerencia, tiende a diseñarlos con bajos niveles de autarquía de manera de poder direccionar y controlar su funcionamiento en relación con aquellos que son aprobados por el Congreso y

La intervención del poder Ejecutivo en el INADI: el reciente decreto 57/2020 que interviene el Organismo, como sus similares anteriores inmotivadamente formulados, afectan las garantías de su funcionamiento, en razón de impedir el correcto desenvolvimiento de sus órganos previstos por la ley de su creación.

En suma, trabajar en la erradicación o al menos en la morigeración de estas prácticas institucionales que impactan en el desenvolvimiento de los entes, para garantizar tres presupuestos imprescindibles: su pleno funcionamiento organizacional, la legítima voluntad administrativa y la participación democrática de sus actores, constituye un deber y un aporte para el afianzamiento del Estado constitucional y social de derecho.

⁴⁰ DIEZ, Manuel María, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial DePalma, Buenos Aires, pág. 149 y subs),

⁴¹ HUTCHINSON, Tomás, "Régimen de Procedimientos Administrativos", Ley N° 19.549, revisado, ordenado, y comentado, 9ª edición, 2013, Edición Astrea, Buenos Aires, pág. 9

CAPÍTULO II

I. Aspecto contractual

Previo a adentrarnos en la relación específica que se entabla entre la autoridad estatal y el particular, es válida esta ocasión para exhortar a la profundización de la naturaleza del Estado que aparece calificada por su finalidad de procurar la protección y la realización -en el sentido aristotélico- de sus integrantes, asegurando su libertad, promoviendo su desarrollo integral y en definitiva, el bien común.

Para la consecución de esos fines, la Administración debe concientizar, desde la generalidad hasta su actividad concreta y práctica, el respeto del orden jurídico a fin de su cumplimiento, por lo que es necesario ocuparnos por la existencia, aplicación e interpretación de los poderes jurídicos que le permitan el logro de sus cometidos.

Por cierto, compartimos con la doctrina⁴², que el Estado y sus entes públicos pueden desempeñarse con sujeción a las mismas reglas jurídicas que los particulares, celebrando contrataciones para la adquisición de bienes y servicios para satisfacer necesidades públicas, muchas veces a través de empresas sujetas al derecho privado, pero lo usual será que actúen en ejercicio de sus prerrogativas, siendo ella una de las características del derecho administrativo, que constituye su ordenamiento común y ordinario.

Así las cosas, el procedimiento administrativo constituye un medio apto para controlar el *iter* de formación de las decisiones estatales, deviniendo en una herramienta necesaria por las injerencias del poder público sobre la sociedad, que se ampliaron e intensificaron debido a las profundas transformaciones producidas en la actividad del Estado, y en consecuencia, de las misiones que le son propias y que encarnan los organismos estatales. En este punto, éstos juegan un rol central.

En orden a lo expuesto, la Administración en el Estado constitucional y social de derecho, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata del bien común, conforme a una actuación que se debe sujetar al ordenamiento jurídico. Referirse a la juridicidad implica el arreglo de todos los sujetos al sistema normativo, que comprende a la Constitución nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la ley, los reglamentos, en su caso los contratos administrativos, los principios generales del derecho e incluso los precedentes administrativos. Por estas fuentes, la reforma constitucional de 1994 provocó un notable giro en la prelación de las fuentes del derecho interno, el cual se vio impactado por la vigencia directa de diversos cuerpos normativos -de rango constitucional-, y también por la interpretación y aplicación que de los mismos realizan los tribunales en el orden interno y los órganos supranacionales instituidos para garantizar su respeto.

En este orden de ideas, el nuevo bloque de constitucionalidad ha provocado un trastocamiento del sistema de las fuentes⁴³, convirtiéndose en un tema de principal orden en el sistema jurídico argentino, que implicó para las reformas estatales y las nuevas tecnologías en la era de la globalización, que se sumara la primacía de los tratados de derechos humanos, lo que obligó a la implementación de las políticas dirigidas a lograr una Administración cuya organización, estructura y procedimientos permitieran cumplir con sus fines públicos que sus órganos llevan ínsitos en orden a los mecanismos de participación plasmados en la Carta Iberoamericana de

⁴² GONZALEZ PEREZ, Jesús, *"Manual de Procedimiento Administrativo"*, (Editorial Civitas) 2ª Ed., 2002, p. 76.

⁴³ IVANEGA, Miriam *"La participación y el control ciudadano en los procesos de formación y ejecución contractual"*, en AA VV, *Cuestiones de Contratos Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap., Mayo 2007

Participación Ciudadana en la Gestión Pública arriba indicada y las disposiciones de la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico.

Esto significa, que los objetivos de los procesos de reforma y modernización administrativa deben dirigirse a lograr que aquélla sea más eficaz, cueste menos y cuya acción se dirija al administrado, tornándose el procedimiento administrativo en un instrumento esencial, que debe construirse en función de sus necesidades colectivas, en línea a las potestades públicas y el bien común comprometido. En este punto, corresponde ver algunas cuestiones del moderno procedimiento administrativo en correlato a la participación del administrado en la tramitación de las compras y contrataciones, que los organismos deberían garantizar. Veamos:

La innovación que proponen los modelos de gestión pública, parte de la aplicación de las numerosas herramientas tecnológicas de información y comunicación, que la agilizan, transparentan y hacen más eficiente. Y en materia de contrataciones estatales juega un rol que no podemos dejar de atender: agente instrumentador de las operaciones necesarias para satisfacer el bien común. La Gestión Documental Electrónica en Argentina no está exenta de esta premisa. *“Por lo que la tecnología en la sociedad democrática debe estar al servicio de la información, la interconectividad, y el nuevo lenguaje de la era digital, que permitan alcanzar efectiva comunicación y participación de los ciudadanos en la gestión, siendo para muchos una realidad cotidiana, gracias a sus conocimientos básicos y una computadora adecuada. Sin embargo, aún varios sectores -por desconocimiento, edad avanzada, falta de medios y/u oportunidades- no pueden comunicarse online con la Administración, lo que imposibilita un acceso eficaz y dinámico con el sector público, en una meridiana desigualdad de derechos”*⁴⁴.

Urge trabajar esta asimetría. Está en juego además, como evitar el uso del papel, costoso no sólo para el registro, almacenamiento y transmisión de información, sino también para preservar el medio ambiente ya hubo avances en la materia, desde mediados de 2016 en forma sostenida, *“por lo que se ahorró \$ 2.000 millones en concepto de trámites que dejaron de hacerse en ese material”* (42). Por ello, es necesario que la Gestión Documental Electrónica, logre sustituirlo tramitando la totalidad de documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos en general, en forma electrónica, dotando las relaciones digitales con el Estado, de mayor rapidez y simpleza. *“En agosto de 2018, ya se habían caratulado más de 6.900.000 expedientes electrónicos, en todos los ministerios y en más de 160 organismos nacionales, garantizando la participación del ciudadano”*⁴⁵.

En este sentido, creemos que **el mayor desafío a la que se enfrenta la Administración es la incidencia directa que la internacionalización del derecho tiene sobre su organización y los procedimientos que aplica.** A la que se suma el justo equilibrio que implica sopesar la protección de derechos individuales en el contexto de las necesidades sociales, en un ámbito en el cual, muchas veces, bien individual y bien común aparecen opuestos. Por eso, es importante pensar en una administración pública diferente, permeable al nuevo orden jurídico, que se ajuste al sistema jurídico imperante con sustento en la protección de los derechos humanos, que

⁴⁴ SPESSOT, Alejandro, TABARES, Federico *“La función social de la Gestión Documental Electrónica en el procedimiento administrativo actual. La experiencia argentina”*, publicado en El Dial, 14/05/2019

⁴⁵ *“La “despapelización” total del Estado arranca en 2019: hasta ahora se ahorraron \$ 2 mil M”*, publicado el 9/08/2018 en sección Política, www.ambito.com

contribuya a provocar escasas e imprevisibles consecuencias hasta eliminarlas en algún momento.

En correlato a lo hasta aquí expuesto, es necesario indicar que la actividad administrativa sometida a la juricidad, se renueva en la satisfacción del bien común y debe interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos fundamentales y la creación de circunstancias que le permitan progresar tanto en el orden espiritual como en el material, siendo el marco en el que ha de desarrollarse el procedimiento administrativo actual -con las peculiaridades que lo dota el trámite contractual-sustentado en la Gestión Documental Electrónica. Aquella juricidad es un valor irrenunciable que debe derramar sobre el doble rol tuitivo que se le otorgó al instituto procedimental, a saber:

- **los derechos individuales**, la debida participación particular en la gestión administrativa; y

- **la eficacia y eficiencia de la función administrativa.**

Dicho ello, un aspecto visceral que torna inexcusable su observación en el ámbito que nos compete, es el cumplimiento de las presupuestos básicos del régimen de la contratación pública como adelantáramos, regido por el decreto delegado 1023/2001, reglamentado por el decreto 1030/2016; - y todos y cada uno de los regímenes específicos que aprueben los distintos organismos descentralizados y que se sujeten en líneas generales a aquellos instrumentos- con el objeto de uniformar y simplificar el sistema, asegurando de este modo, mayor claridad y mejor información en el procedimiento de selección, previo a la concurrencia de los oferentes a los llamados que la Administración formule. Efectivamente, el sometimiento de los organismos descentralizados a la normativa *ut supra* indicada, está previsto en el artículo 2º del decreto 1023/2001, y tiene como meta “*la transparencia y la lucha contra la corrupción*”, pero paradójicamente el comportamiento administrativo ha registrado una serie de conductas públicas que han flexibilizado a extremos impensados los mecanismos procedimentales establecidos por el régimen jurídico, y que se traduce en muchas ocasiones no solo en la omisión de aquellos remedios, sino también en la producción de reglamentaciones arbitrarias aprobadas por la autoridad estatal.

Es decir, la Administración en múltiples ocasiones “*está haciendo su voluntad discrecional disfrazada de norma propia*” en términos de Gordillo al sostener que “*la administración encuentra que el mejor modo de hacer libremente su voluntad es predeterminando ella misma el camino que quiere seguir, con lo cual luego puede alegar que se limita a cumplir la norma*”⁴⁶.

En este contexto, es clave tener en cuenta que cada principio del decreto 1023/01 encuentra su reflejo nominal en algunas de las normas y valores que rigen el sistema. Pero cuando alguno de ellos son violados, quienes encontramos en la organización y el funcionamiento del Estado, objetos apasionantes de estudio, les debemos especial atención. Muy lejos no debemos ir, sin dudas se trata del mismo objeto y preocupación

⁴⁶ GORDILLO, Agustín, Ob Cit, Tomo II, Capítulo XII “*La defensa del Usuario y del Administrado*”. La *Licitación Pública*, Fundación de Derecho Administrativo p. 478

de nuestro abordaje, aquel que manifestara la doctrina⁴⁷ a partir del quehacer y la experiencia que –anticipamos- encuentra respaldo en el informe que ilustra el punto XI.

“Uno de los principales incentivos para evitar las licitaciones que se presentan a diario a quienes deben aprobar la modalidad de selección del contratista en el caso concreto es la demora en arribar a un resultado concreto una vez iniciadas. Desde la formulación del pedido por la unidad requirente hasta la recepción del bien, obra o servicio contratado por la comisión de recepción pueden pasar meses. Y ello no se explica tan sólo por las dilaciones de trámite a las que lamentablemente nos tiene acostumbrados la administración, ya que en muchos casos son los propios empleados de la jurisdicción los que sufren los efectos de la demora en concretar la compra o contratación. La espera entre avisos (cuando deben publicarse), la antelación requerida respecto de la apertura, exigencias de documentación que sólo debería ser pedida a los adjudicatarios, las idas y vueltas para completarla a pedido del licitante, la preparación del cuadro comparativo, las demoras en la intervención escalonada de los integrantes de la comisión evaluadora, las vistas e impugnaciones, la intervención del servicio jurídico son eslabones que, individualmente considerados, pueden parecer desde tolerables hasta imprescindibles en las compras del Estado, pero es en la cadena completa que los bemoles de la licitación pública dan pie al desvío señalado. La presión por contar cuanto antes con el bien o servicio por el cual se ha iniciado el procedimiento, sea por la demanda de sus destinatarios, o por la proximidad del cierre del ejercicio antes del cual debe estar devengada la totalidad del crédito presupuestario, debe encontrar una respuesta dentro del sistema, o ella será encontrada por fuera de sus principios, o directamente de sus previsiones expresas. Desde ya, para quienes elijan el camino de la corrupción o la desviación de poder, no habrá otra respuesta que la penalización que el sistema sancionatorio de la función pública y el Código Penal ofrezcan. Pero entiendo que buscar mecanismos alternativos dentro de la licitación pública, que mejoren la capacidad de respuesta de las unidades operativas de contrataciones, puede traer respuesta para quienes se ven —aun siendo funcionarios probos— en la necesidad de caminar más veces de las que querrían en las orillas del sistema”.

II. Las contrataciones a la luz de la creación de los organismos

Pareciera que ciertas prácticas administrativas en la materia, que a veces llegan hasta el desdoblamiento de los renglones en cualquier contratación, lejos de erradicarse, se expandan con frecuencia a lo largo de la red de entes que conforman la organización administrativa, anclándose como un fenómeno del derecho público contemporáneo, lo que viene preocupando a especialistas en la materia. Lo dicho encuentra razón porque *“... está sin realizar el estudio de las motivaciones que impulsaron la creación de la selva de organismos implantado en nuestra Administración, como expediente técnico de huída de controles.”*⁴⁸. Esto significa, que se requiere – entre otras cosas- contrarrestar lo que produce la creación de órganos y el relajamiento de los recaudos procedimentales en materia de contratación pública, bregando por reducir en gran parte los comportamientos descriptos que pareciera que conforman un sistema en diversos órganos, más ágilmente diagramado que aquél establecido por la normativa general que los rige en materia de contratación, a tal punto que *“...la administración encuentra*

⁴⁷ GARCIA SANZ, Agustín, “Licitación Pública v. Contratación Directa: La Batalla Perdida?”, Capítulo XXV, Tomo 7, “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, 2013 Fundación Derecho Administrativo

⁴⁸ ALVAREZ RICO, Manuel, Ob Cit. p.138. En relación ver doctrina de la PTN *.vinculado al Consejo Nacional de la Mujer “---convenio es nulo de nulidad absoluta por haber omitido el Consejo del Menor y la Familia, el proceso de selección del contratista...” (1 b)*

que el mejor modo de hacer libremente su voluntad es predeterminando ella misma el camino que quiere seguir, con lo cual luego puede alegar que se limita a cumplir la norma... ”⁴⁹.

Cuando el Estado contrata bajo estas condiciones, *“el gasto público padece..., y el jurista, y ni siquiera el simple ciudadano, pueden inhibirse.... pues todos nos jugamos demasiado en ello, está en cuestión la razón de ser de la Administración Pública, su sentido de instrumentalidad para la realización de los fines trascendentes del Estado y de la comunidad nacional”⁵⁰*; la práctica administrativa da cuenta de ello.

En este marco y a la luz de lo que planteamos, la causa central de las irregularidades que se presentan en la contratación pública, no solo estriba en el incumplimiento de la normativa aplicable, sino –como señaláramos *ut supra*–, también en la constante de determinadas prácticas administrativas que esperan ser revertidas.

Ambas –anticipándome la experiencia práctica que analizaremos en el presente Capítulo– desvirtúan seriamente los fines que persigue la normativa y los principios fundamentales que rigen la materia.

III. La selección del contratante

En el marco de la doble fuente que conforman el derecho interno y el derecho internacional en nuestro ordenamiento, consolidada a partir la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, receptada por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, la supranacionalidad reconocida por el inciso 24 de dicha cláusula y las enseñanzas en doctrina⁵¹, cabe recordar que las contrataciones estatales deben ajustarse a lo previsto por la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada a nuestro derecho interno a través de la ley N° 24.759 y el *“Protocolo de las contrataciones públicas del MERCOSUR”* (decisión 40/2003, reglamentada por Decisión N° 55/2204, MERCOSUR/CMC/DEC) cuando fuese pertinente, y básicamente a los decretos 1023/2001 y 1030/2016, en un todo completo y sistematizado complejo normativo que tiene por objeto proporcionar a los proveedores y demás actores intervinientes en los procedimientos de adquisición de bienes, servicios y obras públicas, un tratamiento no discriminatorio como también garantizarles los principios fundamentales reconocidos en los respectivos instrumentos.

Por lo que establece, que aquéllos deberán ser realizados de forma transparente, observando los principios **de legalidad, objetividad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad, los propios del pliego de la convocatoria, concurrencia** y los concordantes que correspondan observar en los mecanismos de selección que se gestionen. Indudablemente, ello exige de las reparticiones, la firme voluntad política y la responsabilidad de la conducción del procedimiento, con apego a las previsiones jurídicas.

⁴⁹ GORDILLO, Agustín (Ob. Cit) T II, Cap.. XII p.2 *“...la administración encuentra que el mejor modo de hacer libremente su voluntad es predeterminando ella misma el camino que quiere seguir, con lo cual luego puede alegar que se limita a cumplir la norma...”*

⁵⁰ ALVAREZ RICO, Manuel, Ob Cit. p.138

⁵¹ BIDART CAMPOS, Germán *“El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”* Ediciones Ediar 1995

Resguardar aquellos principios, contribuirá a mejorar el escenario. *“No se trata de que el funcionario público considere que realiza con ello una actividad ilícita; al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede “comprometerlo”⁵²*

Sin dudas, un efectivo rol en la vida de los organismos, es el que cumple sus Unidades de Auditoría Interna en el ámbito del Sistema regido por la ley 24.156, por el que se examina sus actividades, como es el caso del Informe N° 1714 producido por la oficina de control que corresponde al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)⁵³ y que analizaremos a continuación.

IV. El Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. El Informe de su Unidad de Auditoría Interna N° 1714

Abordaremos el Informe Ejecutivo sobre Compras y Contrataciones Ley 25.551, que abarca los períodos 2015/20 en el Area de Compras, Mantenimiento y Suministros del CONICET. Veamos los aspectos relevantes emergentes de los trabajos realizados.

“La Unidad Operativa de Contrataciones no contaba al momento de la realización de las tareas de campo, con una estructura orgánico-funcional formalmente aprobada con la indicación de misiones y funciones. Durante el período evaluado no se obtuvo evidencia de la existencia de un Manual de Procedimientos en el que se definan las actividades que deben desarrollar los sectores intervinientes en las diferentes etapas de la gestión. El Plan Anual de Contrataciones correspondiente al período 2016 no se encuentra para su consulta en el sitio de internet de la Oficina Nacional de Contrataciones. En las especificaciones técnicas consignadas en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares no se establecen los estándares de calidad exigidos para las compras y contrataciones que así se requieran. Tampoco se indican que los elementos a adquirir deben ser usados o reacondicionados y si se aceptan tolerancias. Se advierte que en algunos casos los oferentes no han constituido garantía de mantenimiento de la oferta. También se observa que los contratantes no han constituido garantía de cumplimiento del contrato. El cuadro comparativo de precios de las ofertas no ha sido remitido en el plazo estipulado por la normativa a la Comisión Evaluadora, advirtiéndose que carece de firma en algunos casos. Adicionalmente, no hay constancia de que se haya difundido mediante los mecanismos correspondientes. La información necesaria para evaluar las ofertas está contenida en el dictamen de evaluación en forma parcial”.

“En algunos casos el dictamen de evaluación se encuentra suscripto por el responsable del Departamento de Compras, Mantenimiento y Suministros y no por la Comisión Evaluadora. Se han verificado informes técnicos producidos por el área requirente del bien o servicio, en los cuales se adjudican compras y/o contrataciones a los diferentes oferentes, incumpliendo la norma que indica que la Comisión Evaluadora –cuando se requieran conocimientos técnicos especializados-, podrá requerir la intervención de peritos técnicos o solicitar informes a instituciones estatales o privadas, con tales conocimientos específicos. Se han advertido en algunos casos dictámenes elaborados por la Comisión Evaluadora, en los cuales, la Comisión manifiesta adjudicar en lugar de limitarse a recomendar la adjudicación. Se observa que en algunos dictámenes de la Comisión Evaluadora se encuentran suscriptos solamente por dos (2) de sus integrantes. No hay constancia de devolución de las muestras presentadas en las ofertas. No obra en los actuados analizados

⁵² GORDILLO, Agustín . *“La Administración paralela”*. 2001 Madrid, Cuadernos Civitas. p..54

⁵³ Informe suscripto por la Unidad de Auditoría Interna del CONICET, en octubre de 2017

Acta de Recepción Definitiva o en caso de corresponder el acta de Rechazo o de requerimiento de cantidades o servicios faltantes. Se ha advertido que en un caso analizado no se encuentra la factura correspondiente a la prestación del servicio adjudicado". CONCLUSION ... con el fin de mejorar la eficiencia, eficacia, economía y la calidad de los procesos, y en base a la tarea realizada por esta Unidad de Auditoría Interna, se considera necesario que el Departamento de Compras elabore un Manual de Procedimientos conforme la normativa vigente, teniendo en cuenta lo preceptuados por la Oficina Nacional de Contrataciones. Adicionalmente, es necesario adecuar los circuitos administrativos respecto de los plazos de cada instancia, haciendo hincapié en el cumplimiento de los requisitos incluidos en pliegos y demás circunstancias relativas al proceso. Por otra parte, resulta importante mantener actualizado la composición de la Comisión Evaluadora y de Recepción. Finalmente y atento la verificación del objeto de la presente auditoría, manifestamos que las presentes observaciones han sido receptadas positivamente por el auditado y la implementación de las recomendaciones realizadas permite fortalecer el control interno en el contexto estandarizado".

En línea a lo informado, es oportuno detenernos en los siguientes tópicos, en virtud de la garantía que representan en las etapas del procedimiento administrativo:

V. El rol garante de la Comisión Evaluadora de ofertas

Según la doctrina⁵⁴ lo sustancial de este órgano desconcentrado con dependencia del CONICET cuyos integrantes son designados "*mediante un acto administrativo emanado de la autoridad competente*", es su "*independencia técnica con respecto a sus funciones de asesoramiento y opinión*". Es central que integre el procedimiento administrativo y se respete su función, no sólo porque constituye "*uno de los tres soportes sobre los que se asienta su éxito (los otros dos son el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y la Comisión de Recepción*"-señalan los autores- y además corresponde su estímulo y protección, sino porque además, este órgano colegiado recibe la influencia de dos instrumentos a tener en cuenta:

- a) - el inciso. 5, artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción, indica que los Estados deben establecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas, y
- b) - El inciso 1, artículo IX de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, señala el compromiso de los Estados de establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en los principios de transparencia, competencia, criterios objetivos en las decisiones que se sustentan con la publicidad y difusión de los procesos contractuales, las condiciones de participación y los sistemas recursivos de las medidas adoptadas y el inciso 6 d) "*que prevé "un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos..."*"

⁵⁴ URTUBEY, Santiago y SA ZEICHEN, Gustavo, "*La Comisión Evaluadora de Ofertas. Un Organismo Sui Generis en el Procedimiento de adquisiciones*", citado por Méndez Liliana en "*La Comisión Evaluadora de Ofertas y su Tratamiento en la Normativa Contractual en el Sector Público Nacional* ", publicado en la "*Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado*" de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 2, 2018

VI. Es clave el Manual de Procedimientos

Por ello es preocupante su falta y observar que en las instituciones no se registren equipos de trabajos que persigan su redacción, ya que impide contar con un detalle de acciones a seguir, para llevar adelante el circuito administrativo – contable relacionado con la gestión de compras y contrataciones y dificulta lograr uniformidad y homogeneidad en el procesamiento de los hechos y el desempeño de los agentes y funcionarios, frente a situaciones equivalentes, de modo tal que sus resultados sean comparables entre sí en pos de la transparencia institucional.

VII. La necesidad del Plan Anual de Contrataciones

Asimismo, en tiempos de administración electrónica, regidos por un sistema normativo que se ha producido disperso, cuyos principios fueron condensados en la Agenda Digital Argentina prevista por la Resolución 138/2018 de la Secretaría de Gobierno de Modernización, omitir la exhibición del Plan Anual de Contrataciones en la página *web* institucional, pareciera que el organismo carece de compromiso de difundir los documentos que justifican la planificación de sus compras a fin de conocerlos y de codificar la misma de manera que sea posible controlar los procesos que se abran. Es fundamental la publicación de aquel documento informativo, no vinculante, sobre los procedimientos de contrataciones previstos en el ejercicio. Es elaborado por la Unidad Operativa de Contrataciones del CONICET obligado a utilizar el sistema COMPR.AR.

VIII. La falta de constitución de garantía de mantenimiento de oferta

Omitir tal garantía en el procedimiento, implica un hecho grave, siendo que el artículo 66 inc. k) del decreto 1030/2016, prevé su falta de constancia, o directamente no haberla constituido, como causal de desestimación insubsanable.

Indudablemente, en el marco de la aplicación de los decretos 1023/01 y 1030/16 y la normativa de los tratados internacionales en lo que fuese pertinente, el impulso de un regular procedimiento devendrá en una política eficaz en materia de contratación pública y en una óptima asignación de los fondos públicos de los organismos descentralizados, que en definitiva, garanticen el interés público, en un nivel apropiado de transparencia y trato igualitario a los proveedores intervinientes.⁵⁵

En correlato a lo expuesto, como también a los cambios operados a partir de la implementación de la Gestión Documental Electrónica, la realidad requiere modificar diversas normas para el funcionamiento de la Administración; así como el nacimiento de otras que axiológicamente, lucen contempladas en la mencionada Agenda Digital, sustentada en los principios de accesibilidad, responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios, de neutralidad y de adaptación al progreso de las técnicas. Todo ello, orientado a optimizar la gestión administrativa y erradicar la brecha digital.

⁵⁵ FERRO LLARDO, Susana B “*Estudios latinoamericanos. Palabras claves para la región*”, Buenos Aires, Dunker, 2008, p. 249 Premisas básicas para la gestión de los asuntos públicos en el siglo XXI que no pueden estar ausentes en una buena gobernanza.

Todas estas ideas responden a que el derecho administrativo ha sido, es y seguirá siendo un derecho de irrenunciables funciones sociales que no pueden reducirse en nombre de la modernización administrativa, máxime en esta era de fuertes contrastes entre la realidad social, las normas y los valores democráticos, por lo que aquel debe redefinir los contornos y el contenido de su función, a fin de proteger el derecho de la participación del ciudadano en las contrataciones. Allí radica su carácter servicial y vicarial.

En síntesis, lo observado por la auditoría del CONICET, persigue **asegurar el fin de la contratación pública, directamente asociada al interés general**, por lo que debe concientizarse de su trascendencia a todos los sujetos que intervienen ella en los roles que respectivamente asuman (gestión, autorización, colaboración, etc), máxime los nuevos paradigmas que incluyó la Constitución nacional en los artículos 41 y 42 de su Capítulo Segundo "*Nuevos Derechos y Garantías*".

Por último nos referiremos a un desafío que se erige como nuevo paradigma en materia de contrataciones y que deben afrontar los organismos públicos, en torno a las compras sustentables para la satisfacción de su objeto institucional. Se trata de un rol importante el que deben asumir, siendo que al confeccionar su plan de compras - como tantos otros entes en el mundo-, contribuyen a garantizar la disponibilidad de los recursos del planeta para nuestros descendientes; una gestión que contemple la protección ambiental, la justicia social y el desarrollo sostenido de la economía en nuestras sociedades. No basta con reducir la presión sobre los recursos naturales: deben además garantizarse la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos y la prosperidad de los sectores productivos para que ciudades y naciones se desarrollen con equilibrio, hoy y en el futuro. Para ello es necesario un esfuerzo concertado, en el que los gobiernos desempeñan un papel fundamental

IX. La sustentabilidad en las contrataciones que realiza la Administración.

Previo a reseñar el panorama en Argentina acerca de lo que debería tornarse en un cambio de paradigma, sería conveniente detenernos brevemente en la situación en otros países.

X. Primera etapa: las denominadas compras verdes. Un punto de partida.

En este proceso de evolución, aparecen en la década del 90 sobre el escenario mundial, principalmente en Europa, los Estados Unidos y Japón y se caracterizan por incluir aspectos ambientales en las políticas y los procedimientos de compras y contrataciones públicas.

Tienen en cuenta los niveles de actuación sobre el ambiente, como el uso de materias primas, métodos de producción ambientalmente amigables (en casos de relevancia para el producto final o servicio), las buenas prácticas, la eficiencia energética, las energías renovables, las emisiones, los residuos, el reciclaje y los productos - económica, ambiental y social- entre otras herramientas, a través de la orientación del poder de compra estatal en sus obras, bienes y servicios, químicos peligrosos..

Esta interrelación sudamericana a través de sus distintos bloques y lo propio en otras latitudes, nos permite augurar que contribuirá a establecer un sistema de mejora del

trabajo agregando al contralor de rutina, una política de incentivos a la producción socialmente sustentable inducida a través de las compras y contrataciones del sector público de cada país, así como la exclusión progresiva en dichos mercados estatales y paraestatales de los productos y servicios de aquellas empresas que incurran en malas prácticas laborales en cualquiera de los países de la región -primer tramo de integración- y de los bloques intrarregionales -segundo escalón internacional- cuya sumatoria estructuraría una red global.

XI. Segunda etapa. las compras sustentables y algunas prácticas de su gestión.

A partir del 2002, como resultado de la Cumbre de Johannesburgo, se amplió el concepto de compras verdes y comenzó a hablarse de compras sustentables (CPS). Importa tener en cuenta lo siguiente:

-Implican **la evaluación de la compra o adquisición de los bienes y servicios que realizan los organismos del Estado**⁵⁶ a partir de los impactos ambientales, sociales y/o éticos que generan. Cada vez más gobiernos, nacionales, provinciales y locales abandonan la mentalidad de *“el precio más bajo, la mejor oferta, siempre gana”*, a favor del enfoque más flexible de *“mejor valor”*. Y este concepto puede encuadrarse en el de *“la oferta más conveniente”* que establece el marco normativo.

-**Incorporan criterios sociales y éticos que se evidencian en los procesos productivos sin que se vean reflejados necesariamente en el producto final**, lo que hace difícil evaluar si estos criterios fueron incorporados o no. Por ejemplo, las condiciones laborales en los distintos puestos de trabajo que existen en una industria determinada, cuyos bienes luego son adquiridos de forma regular por las instituciones públicas. El decreto 1030/2016, en sus Capítulos III y VII prevé los criterios de sustentabilidad, como lo había hecho el derogado decreto 893/2012.

Es dable destacar que desde 2010, la Oficina Nacional de Contrataciones ha realizado una serie de reuniones con diversas reparticiones, entre ellas:

- el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI),
- el Instituto Nacional de tecnología Agropecuaria (INTA),
- el Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM)
- el Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET),
- el Instituto Nacional de Vitivinicultura (INVI),
- el Instituto Nacional de Agua (INA) y
- la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA)

Surgen de aquellas reuniones, entre los aportes más útiles:

- Que los entes descentralizados nos presentan estructuras centralizadas de sus oficinas de compras y contrataciones, que demuestran que si bien en numerosos casos

⁵⁶ *“Guía de Compras Públicas Sustentables”*, Oficina Nacional de Contrataciones Subsecretaría de Tecnologías de Gestión Secretaría de Gabinete Jefatura de Gabinete de Ministros, argentina compra, p. 8

se generan ahorros, mayor eficiencia y poder de negociación, sin embargo *“no siempre se atienden las necesidades de cada requirente y pueden ser poco flexibles”*,

- En todos los casos resulta común la mayor propensión de las organizaciones a contratar de manera recurrente al mismo proveedor cuando se trata prestaciones de servicios, en especial en rubros como: limpieza, servicios de seguridad o vigilancia, mantenimiento etc. Esta recurrencia no resulta tan marcada cuando se trata de contratos de adquisición de bienes. No ha sido posible verificar el fundamento de esta conducta. Podría justificarse en la valoración de las personas involucradas, y la generación de cierta “fidelización” con el proveedor, quien además puede haber adquirido experiencia en la problemática del contratante y

- Los procesos de contratación utilizados varían de acuerdo a la organización de que se trate. **Sin embargo, en promedio, el procedimiento de selección más utilizado es el de contratación directa. Lo que llama la atención si consideramos que está previsto con carácter excepcional** en los supuestos que establece la normativa aplicable⁵⁷.

XII. El caso del Trabajo Agrario, previsto en la ley 26.727

Veamos el fin de la ley. Regula su iniciativa, a través de una política fomentista de cara *“a la preferencia de alimentos y suministros de origen agrícola que cuenten con la certificación de sustentabilidad social de su producción, comprendida esta de manera integral, en las adquisiciones se encauzaría hacia aquellos productos, bienes y servicios que estuvieran en condiciones de asegurar progresivamente que en la producción de sus materias primas, en principio, y más tarde en su completa cadena de industrialización y comercialización, no empleara trabajadores no registrados, niños o mujeres en condiciones ilegales o misérrimas e insalubres...”*⁵⁸ destacándose la importancia de su implementación en el tiempo y el territorio.

Precisamente, un caso para atender lo hallamos en el artículo 1º de la ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, por la que nuestro país se obliga a garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en nuestro orden y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Su artículo 25 establece que los organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que le imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de niñas, niños y adolescentes. A su vez, el artículo 2º de la Ley 26.390 impone la prohibición del trabajo de las personas menores de 16 años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no; y le recuerda a la inspección del trabajo que deberá ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición.

⁵⁷ *“Informe de Evaluación de Estado de las Compras Públicas Sustentables en Argentina”, Las contrataciones de las organizaciones entrevistadas”. La estructura de las adquisiciones”. metodología; Organizaciones que Participan de la Encuesta. Marisa Siboldi – Consultora en SPP, 2016 , p. 17/18*

⁵⁸ TORRES, Hugo, *“Sustentabilidad social del trabajo agrario a través de la contratación pública”* – publicado por *Infojus* en octubre de 2013

En línea a lo expuesto, el artículo 35 de la ley 25.877 faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a realizar acciones de fiscalización para la erradicación del trabajo infantil, conforme los tratados internacionales constitucionalizados.

En síntesis, las encuestas realizadas han corroborado una serie de carencias acerca de las capacitaciones en materia ambiental y/o social y la falta de evaluación o de conocimiento adquiridos, así como también de un conjunto sistemático de herramientas que abarquen etapas clave del proceso y/o la totalidad del proceso de contratación, lo que nos da la pauta que **aún no se ha incorporado la sustentabilidad de las compras públicas -tramitadas por lo general por el excepcional mecanismo de la contratación directa- como principio rector que oriente el poder de compra en la gestión estatal.**

Es decir, no pueden demorarse más las mejoras en materia de información que se suministra a los distintos organismos y reparticiones, y deberían intensificarse las capacitaciones, herramientas, calidad y concientización del impacto de las políticas sustentables; ahí estriba la función social del derecho administrativo, a fin de mejorar la vida de la comunidad y hacer efectiva la real vigencia de los presupuestos del Estado de derecho moderno.

XIII. La importancia del Sistema de Información de Proveedores.

Alcanzar los objetivos propuestos en los temas de complejidad que abordamos en este Capítulo, implica –en gran parte- que la Administración reconozca la utilidad práctica del Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) como su herramienta fundamental en la materia, por las características que reviste y el comportamiento de los proveedores del Estado que se controla y/o monitorea desde su aplicación, cuyo administrador es la Oficina Nacional de Contrataciones.

Este sistema permite, además, reducir los costos de tramitación, tanto a los oferentes como al Estado, y hace efectiva la prohibición de contratar a proveedores que se encuentren suspendidos o inhabilitados ya sea por incumplimiento de contratos u otros motivos. El hecho de que exista un registro administrado que centralice toda la información sobre los interlocutores del Estado en materia de compras y contrataciones es a priori una ventaja: la información se comparte y se actualiza para todas las reparticiones públicas.

Además, el SIPRO contribuyó a la aparición de nuevos proveedores en los organismos, generando así mayor presencia de oferentes a los procedimientos de compras y contrataciones. Por su parte, uno de los principales defectos de este sistema es su ineficacia para garantizar la idoneidad de los proveedores registrados.

La experiencia de los organismos traduce, a su vez, que al ser irrestricto el acceso al SIPRO genera la presentación de proveedores de muy bajo nivel, habida cuenta que la sola inscripción no garantiza de por sí la calidad ni la idoneidad de los proponentes. Esta falencia se ve acentuada por las limitadas sanciones que los organismos aplican a los proveedores incumplidores y la escasa información de dichas sanciones –cuando éstas tienen lugar- en el SIPRO. A pesar de ello, la información sobre proveedores incumplidores aumenta año a año.

Atribuyen esto a una mayor cantidad de incumplimientos así como a un gran esfuerzo de concientización llevado a cabo por el órgano rector. Este esfuerzo buscó explicar a los organismos la importancia de informar la existencia de aquellos, para que el SIPRO pueda cumplir su función: comunicar a los organismos sobre las características de los diversos proveedores del Estado y promover las contrataciones más convenientes e interlocutores más responsables.

Desde la óptica de los proveedores se señala otra falencia. En algunos organismos existen registros de proveedores propios, además del SIPRO. Esto genera inconvenientes al sector privado, ya que debe inscribirse y mantenerse actualizado en múltiples registros. A su vez desestima el objetivo principal del sistema que analizamos, que busca funcionar como un registro unificado para todas las reparticiones del Estado.

A modo de conclusión del capítulo y en virtud de los elementos fácticos y jurídicos expuestos, entendemos que el procedimiento de las contrataciones estatales tienen características especiales que lo diferencian del cualquier otro y que le son peculiares, especialmente por ser un instrumento de gestión que permiten la satisfacción de necesidades de la comunidad a través de la aplicación de fondos públicos.

Por lo que los distintos actores y funcionarios intervinientes deben gestionar los derechos e intereses con la responsabilidad que les exige el artículo 3º del decreto 1023/2001, de modo tal que no haya siquiera un atisbo de incumplimiento, que por acción u omisión, se interprete que le imprimen otro destino que el conferido por la normativa, como en mayor o menor medida, puede inferirse de las hechos y prácticas descriptas.

Ello engarza en el deber de la Administración de *“velar por la vigencia de los principios rectores de la contratación del Estado, además de proveer y atender el normal funcionamiento de los mecanismos para materializar tales procesos”*

En consecuencia, es un desafío de los actores intervinientes, fortalecer aquellas zonas de debilidad apuntadas en estas líneas, armonizar los diferentes intereses involucrados en la celebración de cada contrato, bregar para que cada instancia del procedimiento devenga en su propia etapa de control y por ende, logre cumplir los principios y normas fundamentales que rigen actualmente el sistema, a fin de alcanzar la real vigencia de las pautas que les da sustento conforme a derecho.

CAPÍTULO III

I. Aspecto sancionatorio

Abordar la potestad punitiva estatal, sea cual fuese el subtema objeto de análisis, es interesante, por la diversidad de planos que convergen en la cuestión, máxime en el punto de evolución que se encuentra actualmente el derecho público contemporáneo, sin perder el centro de atención: la persona humana y el reconocimiento de sus derechos y garantías constitucional y convencionalmente protegidas. Seguidamente, nos adentramos a una materia significativa, ciñéndonos en algunos aspectos sustanciales del derecho administrativo sancionador.

En primer término, compartimos con la doctrina, que la potestad sancionadora "*... puede ser definida, genéricamente, como la atribución que el ordenamiento jurídico le confiere a la autoridad administrativa para aplicar sanciones, como consecuencia de los actos ilícitos cometidos por los habitantes, que violan deberes impuestos por las normas jurídicas. Se trata técnicamente de una potestad, es decir, de una de las tantas prerrogativas para satisfacer el bien común, y se la ejerce en numerosos ámbitos de la vida social, de formas muy diversas. Así, la Administración puede imponer sanciones tanto a quienes se hallan vinculados con ella de modo directo (por ejemplo, empleados públicos y otras relaciones contractuales), como también a todos los habitantes de modo general (v. gr. en materia fiscal, aduanera, sanitaria, previsional, en ejercicio de sus facultades de policía, etc.*"⁵⁹ (59), reconociéndose la existencia, en germen, de un derecho sancionatorio que abarca la totalidad de la potestad sancionatoria del Estado y por ende, la existencia, también embrionaria, de un derecho constitucional sancionatorio. Ello significa un **derecho constitucional de la potestad punitiva estatal, que abarque sus aspectos sustanciales y procesales**, aspectos que en esta materia, más enfáticamente que en otras, son inescindibles, por lo que los principios constitucionales penales (procesales-penales) son aplicables "*con matices*" al resto del derecho sancionador, que no profundizaremos por no constituir el objeto del presente trabajo.

En dicho contexto, el tema merece abordarse al menos desde dos ángulos diferentes, sin perjuicio de reconocer la existencia de otros, por ejemplo el relacionado con las sanciones administrativas por los virtuales incumplimientos en el ámbito contractual.

- a) - El primero refiere a las sanciones administrativas que eventualmente puedan imponerse ante el incumplimiento por parte de los organismos, de las previsiones de la ley 27.275 de acceso a la información pública.
- b) - El segundo se vincula con la potestad sancionadora de la Administración sobre sus agentes y/o funcionarios, regido por el decreto 467/99 u otros regímenes especiales, por ejemplo el disciplinario unificado aplicable en la Administración Federal de Ingresos Públicos a través de la Disposición 185/10, que abordaremos en el presente Capítulo.

⁵⁹ FRANCAVILLA, "El Alcance de la Potestad Sancionadora del Estado", publicado Revista Administración Pública, el 15/12/2014 (Ediciones Especiales N° 347) , Considerando VI in re "*Plácido, Rita Celia C/ GCBA S/ Impugnación de actos administrativos*", Expte. N.º 3981 de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y NIETO, Alejandro "*Derecho Administrativo Sancionador*", Editorial Tecnos, Octubre 2005, 4º Edición p 85 y 168

Veamos:

II. Los incumplimientos del deber de informar a la luz de la ley 27.275

En relación al tópico, es común que nos encontremos frente a él, cuando los organismos incurren en tal supuesto, a partir de que se configure la denegación de la información solicitada.

Interpretamos del artículo 38 del Título III la ley 27275, que su texto derogó el decreto 1172/2003, que preveía que era suficiente que la denegatoria fuera firmada por un funcionario con rango de director, y no se hacía referencia alguna respecto a la fundamentación. En cambio, el artículo 13 de la citada ley, expresa que *“el sujeto requerido solo puede negarse a brindar la información objeto de la solicitud, por acto fundado, si se verifica que la misma no existe o que está incluida dentro de alguna de las excepciones previstas en el presente. La denegatoria debe ser dispuesta por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a Director General”*.

Por el contrario, como vemos, la ley establece que la denegatoria de un pedido no solo debe estar fundamentada, sino ser dispuesta por la máxima autoridad del organismo requerido. Ello permite inferir que esta denegatoria requerirá un acto administrativo emitido del modo reseñado, aun cuando se prevea un régimen recursivo especial.

La norma es también rigurosa en lo que respecta a la fundamentación de la denegatoria, ya que ordena la nulidad del acto cuando carezca de ella.

Por resolución 4E/2018 de la Agencia de Acceso a la Información Pública (en adelante la AAIP) y el artículo 24 inc. h) de la ley citada, se publican los nombres de los organismos que no cumplen con las intimaciones por no entregar información, según lo resuelto por la AAIP (artículo 17 inciso b) de la referida ley).

Al respecto, con el objeto de fortalecer la obligación de rendición de cuentas y eventualmente sancionar a quien corresponde, amerita compartir algunas apreciaciones del régimen sancionatorio y responsabilizatorio previsto por la ley 27275. Su artículo 18 prevé para el funcionario responsable, en caso de incumplimiento, la sanción administrativa de falta grave, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, patrimoniales y penales pertinentes (artículo 249 del Código Penal). *“La figura es clara, no obstante hay supuestos confusos al configurarse la conducta en la que incurre algún obligado por la misma norma. Estos son los casos – atípicos- de los sujetos de derecho privado (sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria o minoritaria que no sean funcionarios públicos responsables). “Este punto es relevante, siendo que la eventual inexistencia de una sanción con un tipo expreso y determinado para las diversas empresas que integran el ámbito estatal, significaría la falta de estímulos -que podría fijar la AAIP”⁶⁰ (60)- , para cumplir el mandato legal*

Por cierto, todo acto de aplicación de coacción (y también de amenaza de su imposición) debe fundarse en un título jurídico concreto. La Administración tiene que estar autorizada por una norma jurídica cada vez que trata de aplicarla. Porque si *“... si se admite que para alcanzar un fin administrativo puede utilizarse, con carácter general,*

⁶⁰ <https://www.argentina.gob.ar/aaip/accesoalainformacion/incumplimiento> y *“Transparencia en las empresas públicas. De lo deseable a lo posible”*. Programa de Gestión Pública. Área Estado y Gobierno. Septiembre 2017; *“Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento”*. Documento Políticas Públicas 191. María Gracia Andía | Paula Nuñez | Agustina Valsangiacomo.

como medio coactivo el poder de que dispone la administración sobre el individuo, se abandona el principio jurídico válido hasta ahora, según el cual todo medio coactivo necesita un título jurídico propio para que sea lícito su empleo”⁶¹.

II. I. Las experiencias regionales de Brasil, Chile y México

Por ello coincidimos con los especialistas que *“es imprescindible que la Agencia en su propio reglamento establezca con claridad dentro de sus responsabilidades la promoción, el control, el seguimiento, evaluación y, por último, la exhortación de la implementación de la dimensión tanto de acceso a la información como de transparencia activa. Siguiendo ejemplos de otras experiencias regionales, el Consejo para la Transparencia de Chile controla el nivel de cumplimiento de la transparencia activa realizando una revisión de una serie de ítems cuyas respuestas positivas acumulan un puntaje positivo, así como, establece determinados mecanismos de autoevaluación. En el caso de Brasil, la fiscalización de la transparencia activa incluye la revisión de los sitios web conforme a una lista de verificación. Si existe algún incumplimiento, la CGU les indica la fecha límite para el cumplimiento de las obligaciones pendientes. Estos ejemplos son replicables y la Agencia podría instrumentar estos mecanismos. Respecto de las sanciones por incumplimiento de la transparencia activa, Chile establece penas de naturaleza pecuniaria e incluso suspensión en el cargo si persiste el incumplimiento. En el caso de Brasil, los funcionarios públicos pueden enfrentar sanciones administrativas. Otra posible sanción es la retención de transferencias de recursos federales para el caso de los municipios. En México, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública puede ejecutar medidas de apremio y sanciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia. La asunción exitosa de estos desafíos supone como condición necesaria la existencia de una voluntad política explícita al interior de la Agencia de Acceso a la Información Pública, comprometida con la transparencia, que diseñe acciones precisas para la implementación efectiva de la norma, transformando la letra de la ley en una “verdadera política pública”(…). Por último, y de manera complementaria, importa el desarrollo de una campaña de difusión interna y externa sobre la existencia y las implicancias de la Ley y talleres destinados a la capacitación de los diferentes actores y operadores de la norma. (60). En este contexto, la Agencia en nuestro país, deberá asumir un rol protagónico al respecto. conociendo que existen importantes organismos descentralizados que no han cumplido recientemente conforme lo previsto por la ley, a modo de ejemplo, se encuentran: Radio y Televisión Argentina (RTA), la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC), la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y Secretaría General de Presidencia. Todos fueron intimados en 2019 a fin de la entrega de la información a través de las siguientes resoluciones AAIP:150 E/2019, 132E/2019, 133E/2019, 95E/2019, 85E/2019, 83E/2019, 78E/2019, 72E/2019, 160E/2019, 94E/2019, 16E/2019, 3E/2019 -respectivamente-. Por otra parte, la Secretaría de Presidencia de la Nación, ratifica la publicación en el Registro de Incumplidores por la resolución AAIP 23/2019 y RTA entregó información parcial.*

⁶¹ FORSTHOFF, Ernst, *“Tratado de derecho administrativo”*, Madrid, 1958, p. 392

II.II. El caso de la Policía Federal Argentina.

En este punto, amerita detenernos en la sanción incurrida por la Policía Federal, por la filtración de 700 gigabytes de información, alojadas en bases de datos y servidores de la entidad policial, que incluía escuchas telefónicas, legajos, huellas digitales del personal, memorándums, bases de presupuesto y hasta fotografía derivó en una investigación ante la justicia federal. Tuvo bifurcaciones ante otros⁶² organismos del Estado, que derivaron en una sanción por parte de la AAIP, que aplicó a Policía Federal tres apercibimientos: uno por haber incumplido el deber de seguridad, otro por incumplimiento del deber de confidencialidad, y el tercero por haber incumplido en tiempo y forma un pedido de informes de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

Según indica su resolución 30/2020, al haber tomado conocimiento por los medio del incidente de seguridad, intervino ya que en principio podrían verse vulneradas los artículos 9 y 10 de la Ley de Habeas Data, que protegen la seguridad y la confidencialidad de la información personal.

La Policía Federal informó que los hechos se iniciaron con la intrusión de los ciberdelincuentes a diversas casillas de correos comerciales (*hotmail, gmail*) utilizadas por las dependencias policiales, mediante una técnica de “*phishing*” en razón de que en el sitio de la Página Oficial <https://supbienestar.gob.ar> se encontraba alojado un formulario malicioso que simulaba ser de un acceso al servicio de *Onedrive* para la descarga de un archivo.

Mediante esa maniobra, los hackers se apoderaron de nombres de usuarios y contraseñas de acceso a correos y servidores donde se alojaba información de la fuerza.

Tras el análisis de la documentación, la agencia consideró que las políticas – que incluyen la utilización de correos electrónicos institucionales con mecanismos y controles de seguridad adecuados; la implementación y revisión regular de compromisos de confidencialidad y no divulgación de información, o su clasificación por niveles- resultaron adecuadas en relación con el tratamiento de datos que realiza la fuerza policial, y que *“las acciones de detección y actuación posterior resultaron proporcionales y pertinentes a los efectos de mitigar los riesgos producidos por el incidente de seguridad”, surge del Expediente-2019-72366951- -APN-DNPDP#AAI.*

La falla, entonces, estuvo en la prevención, consigna la resolución sancionatoria. Primero por el uso de cuentas comerciales por parte de agentes, en lugar de hacerlo por los propios correos oficiales de la fuerza, pero además la agencia detectó que la información (vulnerada) *“fue obtenida mediante la inyección de código PHP que tuvo lugar en una vulnerabilidad del PHP 5.6.3 de panel webmail”,* y sentenció consecuentemente que la versión del software utilizado por la Policía Federal *“no dispone de soporte oficial y podría estar expuesta a diversas vulnerabilidades de seguridad”.*

“La utilización de correos electrónicos no institucionales, por parte de ciertas dependencias policiales para la transmisión de información confidencial en franco desmedro de las políticas de seguridad de la información de la fuerza, resulta violatorio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 25.326”, sintetiza la resolución.

⁶² Ob cit.

Asimismo, la AAIP remarcó faltas respecto a la implementación de medidas de seguridad, mecanismos de autenticación, segregación de roles y funciones, y características del acceso a los sistemas para proteger la identidad y la privacidad; y pidió controles de seguridad para las aplicaciones que procesen datos personales.

En suma, lo abordado nos demuestra que la Policía Federal Argentina –organismo desconcentrado de singular gravitación- junto a las reparticiones consignadas, transgreden los principios de acceso a la información pública previstos por la ley 27.275, en franco incumplimiento con las pautas básicas del orden vigente.

Dicho ello, reflexionaremos acerca de la potestad sancionadora de la Administración sobre sus agentes y/o funcionarios, regido por el decreto 467/99 u otros regímenes especiales, como el disciplinario unificado, que rige en la Administración Federal de Ingresos Públicos, previsto por su Disposición 185/2010, que trataremos en el presente Capítulo.

III. Un fallo ejemplar ante la potestad sancionadora de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

A continuación abordaremos el caso “*Musante*”⁶³ (62), por el que la Cámara federal de Apelaciones de Córdoba, resolvió en lo pertinente: *“1) Revocar la Resolución apelada, declarando la nulidad de la Disposición N° 71/11 dictada con fecha 16 de junio de 2011 por el entonces Director General de la Dirección General Impositiva – A.F.I.P., por violación a la garantía al plazo razonable, debiendo el citado organismo dictar un nuevo acto administrativo, de acuerdo a los lineamientos fijados en el presente pronunciamiento judicial. 2) Devolver las presentes actuaciones al Juzgado de origen a los fines de que, con el objeto de garantizar la Doble instancia judicial, se pronuncie sobre la procedencia o no del pedido de reincorporación y del reclamo patrimonial efectuado por la actora”.*

Aproximándonos al caso en estudio, el Tribunal expide la precedente, en apelación de la sentencia del 14 de febrero de 2018 dictada por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba que dispuso rechazar la demanda interpuesta por la actora, en contra de la Administración Federal de Ingresos Públicos. Cabe tener presente que por medio de la acción contencioso administrativa planteada, aquella persigue la nulidad absoluta de la Disposición N° 71/11 /AFIP dictada por el señor Director de Personal de la Dirección General Impositiva, dispuesta en el sumario administrativo N° 1147/1993, por medio de la cual se procedió a su cesantía como empleada de la AFIP-DGI; asimismo solicita que sea restablecida en su puesto de trabajo, le sean abonados los haberes devengados en la suspensión preventiva en forma actualizada y con los intereses respectivos, además de los daños y perjuicios.

En correlato a lo expuesto, la actora solicitó se proceda a dictar su sobreseimiento por prescripción atento haber excedido la Administración un plazo razonable para expedirse y que se proceda al archivo del sumario administrativo 1147/1993 instruido en su contra por el delito de malversación de caudales públicos y defraudación.

⁶³ “*Musante*” Liliana María c/ AFIP-DGI s/Contencioso Administrativo-Varios”, N° 5364/93 emitido el 4 de diciembre de 2018 por la Sala A de la Cámara federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil

Es dable indicar, que las presentes actuaciones **se iniciaron en el año 1993 y que la resolución que dispone la cesantía fue dictada en el año 2011**, destacándose que ha transcurrido un plazo excesivo hasta el dictado de la resolución apelada, mediando una causa penal en la que fue sobreseída –según lo expresa– por violación al plazo razonable en el proceso.

En razón de lo esgrimido, invoca la **afectación al derecho de defensa en juicio y debido proceso penal** a tenor de las circunstancias procesales descriptas, y que considera, van de la mano de las distintas resoluciones judiciales plasmadas en el expediente.

IV. Los fundamentos del fallo. Cuestiones relevantes

El señor Juez de Cámara, **doctor Eduardo Avalos**, en lo sustancial expresó:

“...corresponde revocar la decisión impugnada por la apelante Advierto que en relación al primer tópico que plantea la recurrente, todo lo actuado y resuelto tanto en sede administrativa como en sede judicial conspira con la solución propuesta por el Juez de primera instancia. Así, el primer cuestionamiento esgrimido por el representante legal de la actora medularmente gira en torno a la violación de la garantía de obtener pronunciamiento en un plazo razonable. Desde esa perspectiva, debo recordar que las presentes actuaciones se sustanciaron en el marco del Sumario Administrativo N° 1147/93 ordenado por Disposición N° 31/93 (R. Cba.) y ampliado su objeto por Disposición N° 12/94 (R. Cba.) por la presunta defraudación a la Administración Pública cometida por agentes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, detectada como consecuencia del reclamo efectuado por la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) el 20 de julio de 1993 por falta de pago del suministro eléctrico. Lo referido, a su vez dio origen a la causa penal N° 5364/93 caratulada “Musante, Liliana María p.s.a. Defraudación”, tramitada ante el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, revistiendo la demandada en autos calidad de querellante en aquella. Téngase presente que, con fecha 17 de junio de 1994, el por entonces Instructor Sumariante solicitó la suspensión del trámite del Sumario Administrativo N° 1147/93 “...hasta los sesenta días posteriores a que quede firme la sentencia que se dicte en la causa N° 5364/93..” por lo que el 19 de julio de 1994 el entonces Jefe de la Región Córdoba hizo lugar a la solicitud con fundamento en el artículo 16, apartado 2) penúltimo párrafo y el artículo 14, 14.2 y 14.15 del Capítulo Quinto, art. 44, CCT, Laudo N° 15/91 (Régimen Disciplinario) (cfr fs. 420 y 427 del Sumario Administrativo).

“En ese contexto, advierto que la data del pronunciamiento del más alto Tribunal Penal de la Nación indicado (refiriéndose al fallo de la Sala A en lo Penal por el cual consideró probada la violación a la garantía de Eduardo Mugica Arce, de ser juzgado en un plazo razonable y ordenó a la AFIP dictar un nuevo acto administrativo, ya que el tiempo de duración del sumario al que fue sometido el agente se extendió por más de 17 años, habiendo interpuesto demanda en contra la Agencia para que se declare la nulidad absoluta de su disposición 71/11 por la cual se dispuso su cesantía como empleado de esta dependencia, y se lo restablezca en su puesto de trabajo, con pago de los haberes devengados durante la suspensión preventiva y daño moral, con actualización e intereses), resulta contemporáneo en cuanto a su análisis, al momento en que se dio por finalizado provisoriamente el sumario administrativo, declarando la existencia de responsabilidad disciplinaria de la agente Liliana María de Guadalupe Musante y aplicándole la sanción disciplinaria de cesantía como consecuencia de haber incumplido los deberes establecidos en los incisos a) y b) del artículo 8° del Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por Laudo N 15/91 vigente al momento de ,administrativo se extendió desde su inicio hasta el dictado del acto administrativo impugnado por más de diecisiete

años (entre el 27 de julio de 1993 y el 16 de junio de 2011). Por ello, a la luz de la normativa que rigió la sustanciación del Sumario Administrativo, el curso del tiempo excedió también todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso. En definitiva, la profusa dilación que advierto sobre el plazo me impide en este caso en particular concluir en el sentido que lo propone el Inferior, tal como lo adelanté al comienzo del presente decisorio. Máxime cuando en modo alguno la normativa señalada facultaba al Instructor a suspender la sustanciación del sumario administrativo ni a la autoridad de aplicación a dictar el acto administrativo en los tiempos en que se hizo, salvo por supuesto que se tratara de una resolución absolutoria. Entonces, la sanción en cuestión debió ser dictada en tiempo propio y, en su caso, luego de resuelta la causa criminal, sustituida por una de mayor gravedad, si es que lo allí decidido así lo facultaba”.

“Tengo en cuenta que la misma naturaleza de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable impide determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años. No obstante lo cual, las particularidades más salientes de las dilaciones indebidas han sido desarrolladas en la resolución adoptada en sede penal, y me eximen de su reedición en la presente por encontrarse debidamente acreditadas, en el sentido de que han resentido las garantías convencionales y constitucionales de Musante. No empecé a la decisión que propugno, las razones que justifican la prejudicialidad penal y que, al parecer, en autos se impuso como un factor determinante sobre este aspecto. Aquí me detengo para señalar que si bien, dicha materia resulta ser una cuestión discutida, lo cierto es que si bien fue definida así en el entendimiento de que la Administración en el ejercicio de su potestad disciplinaria no puede imponer una sanción basada en la existencia de hechos que eventualmente la sentencia penal pudiera haber considerado inexistentes”.

“En suma, en lo que a la garantía del plazo razonable se refiere, entiendo que el procedimiento llevado a cabo por la Administración necesariamente debe ser abordado bajo un prisma de análisis global, ello de acuerdo a lo que se ha entendido por el “Principio de Unicidad del Estado”, que en el terreno administrativista implica que la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional teleológica y ética, ello en consonancia con lo que se proclama en relación a la responsabilidad internacional del Estado, lo que conlleva a criterio del suscripto a la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado por haberse violado aquella garantía. Repárese asimismo la incoherencia que sería tener por extinguida la acción penal por violación al plazo razonable pero dejar subsistente la responsabilidad administrativa de la agente...”.

La señora Juez de Cámara, **doctora Graciela S. Montesi**, dijo: “Que por análogas razones a las expresadas por el señor Juez de Cámara preopinante, doctor Eduardo Avalos, vota en idéntico sentido”-

El señor Juez de Cámara, **doctor Ignacio María Vélez Funes**, dijo:

Luego de analizar la causa traída a estudio de este Tribunal, “coincido con los señores Jueces preopinantes, en cuanto sostienen que corresponde la nulidad de la Disposición Nº 71/11 dictada con fecha 16 de junio de 2011, por la Dirección General Impositiva – A.F.I.P., por violación al plazo razonable y desconocimiento a la garantía de la tutela administrativa efectiva. La solución propuesta es acorde a lo que sostuve en autos”.

“MUGICA ARCE, Eduardo Alberto c/ Estado Nacional (A.F.I.P.) – Ordinario”, Expte. Nº 1271/2009 Atento que la causa mencionada refiere a iguales hechos a la presente por cuanto ambos actores eran dependientes del organismo demandado y actuaban juntos en

los hechos a ellos imputados, en la cual concluí que la administración había incurrido en violación al plazo razonable para dictar una resolución en el expediente administrativo iniciado en contra del actor, ello me exime de volver a analizar los fundamentos dados oportunamente en relación al plazo razonable que debe existir en todo procedimiento administrativo o judicial, los cuales considero en un todo aplicables al presente”.

“Atento a que el señor Juez de primera instancia rechazó la demanda entablada por la señora Liliana María Musante, y el criterio adoptado por esta Cámara se cierne a declarar la nulidad de la disposición administrativa cuestionada (Disposición N° 71/11) por violación a la garantía al plazo razonable y ordenar a la administración que dicte un nuevo acto administrativo, impone la necesidad de que el señor Juez de primera instancia, atento al criterio adoptado en esta Alzada, se pronuncie sobre la procedencia o no de los restantes puntos solicitados en la demanda”.

“Esta postura se asume a los fines de garantizar la doble instancia en relación a esas peticiones, que no fueron resueltas oportunamente por el Inferior por cuanto rechazó la demanda. Por todo ello, las presentes actuaciones deberán volver al señor Juez de grado a fin de que (...) se pronuncie sobre la procedencia o no de la reincorporación de la actora y el reclamo patrimonial efectuado”.

Aspectos relevantes del principio de defensa en juicio

Expuesto el caso y las respectivas argumentaciones, enunciemos algunas cuestiones significantes a modo de propuesta, del principio de la **defensa en juicio** que ha sido vulnerado en el caso por no obtener pronunciamiento en un plazo razonable, lo que impide determinar con precisión en qué momento o circunstancias comienza la lesión— a partir del esquema propuesto por la doctrina⁶⁴, que compartimos a continuación:

- . un sistema acusatorio, por el que se ejerza la *“acción administrativa”* y el órgano competente se limite estrictamente a sancionar o absolver. Ello supondrá un límite de sancionabilidad que no podrá ser alterado por el decisor.
- . la necesidad de crear en el ámbito de la Administración, o aún mejor fuera de ella, un organismo que vele por los intereses de la legalidad, evaluando que *“Tal vez sería oportunidad para dotar de competencias complementarias a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”*.
- . la organización necesaria de un sistema de defensa letrada gratuita y obligatoria, sustituyéndose el criterio contenido en el artículo 1º, inciso. f), apartado. 1) del decreto-ley 19.549. Por cierto, sabido es que el patrocinio letrado no es exigido en el procedimiento administrativo, salvo que se actúe por apoderado y se ventilen cuestiones jurídicas. Este supuesto beneficio, se vuelve un riesgo inadmisibles en el ámbito de la aplicación de potestades sancionatorias, en que la defensa no debe entenderse sólo como un derecho del ciudadano sino como un deber prestacional del propio Estado.
- . el derecho a ofrecer y producir pruebas no puede postergarse por la supuesta impertinencia o inatendibilidad de la prueba ofrecida, por lo que debiera revertirse la forma con la que habitualmente la Administración rechaza los *“ofrece prueba”* de los interesados dentro del procedimiento administrativo, con diversos argumentos

⁶⁴ GARCIA PULLES, Fernando *“Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración”*, EDA, 2007-623, publicado en 2007.

. Otro aporte doctrinario⁶⁵ acerca su visión respecto a la requisitoria o acusación, que consta en un acto procedimental, independiente y cumple el requisito de la concreción , reposando el derecho de defensa en la contestación de cada uno de los extremos de la imputación, *"...Para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercicio del derecho de defensa, la imputación, no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (...), acudiendo al nombre de la infracción, sino que debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona..."*.

. agrega además *"...Para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercicio del derecho de defensa, la imputación, no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (...), acudiendo al nombre de la infracción, sino que debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona..."*.

. asegura el pleno ejercicio a recurrir la sanción en sede administrativa en consonancia con el *ius publico interamericano*, Bajo ninguna razón puede interpretarse que el recurso judicial directo pueda restringir aquel derecho. Solo puede entenderse como *otorgantes de una opción adicional* a favor del administrado. Asegurándose también el principio del doble conforme del Pacto de San José de Costa Rica.

Por último, el alcance del derecho de que deberá preverse la extensión oficiosa de los efectos de un fallo absolutorio posterior a los infractores sancionados en el mismo acto administrativo, que no lo recurrieran, cuando el recurso de otros prosperara por razones comunicables a los demás. El artículo 441 del Código Procesal Penal establece que los fallos dictados a raíz de los recursos planteados por un coimputado favorecerán a los demás, siempre que los motivos en que se basen no sean personales y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de explicitar que: *"...la norma extensiva de los actos favorables de la apelación que de la condena hubiere articulado alguno de los coprocesados (...) consagra un principio de equidad respecto de quienes no hubieren logrado, por diversos motivos, impugnar oportunamente la condena"*.

Dicho ello, veamos la recepción del plazo de la investigación sumarial. El caso *"Musante"* concibe los principios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos propios del debido proceso ***"dentro de un plazo razonable"*** previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos fundado, entre otras razones, en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que lleguen a traducir una privación y denegación de justicia, reconocido en sus artículos 7.5 y 8.1, buscando limitar la afectación de derechos de una persona que es sometida a un proceso.

Asimismo, el artículo 14 inciso 3 c) del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos reconoce expresamente el derecho de toda persona acusada de un delito a ser juzgada en tales condiciones. Ambos integran el bloque federal de constitucionalidad. No existen dudas acerca de la obligación de los jueces de aplicar la normativa convencional, ni de su deber de examinar la compatibilidad del derecho interno con la

⁶⁵ MAIER, Julio *"Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal Penal Argentino"*.

Convención *ut supra* citada, según la interpretación que de la misma efectúa la Corte IDH⁶⁶.

Cabe señalar, que también se descarta que *"el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales", como postula nuestro Alto Tribunal en el caso Losicer, el 26/06/2012, IUSJU202169D. La Corte IDH estima "que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal del art. 8 de la Convención Americana"*⁶⁷.

En definitiva *"cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal", pues "es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"*⁶⁸.

Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte IDH -cuya jurisprudencia puede servir de guía para interpretación de los preceptos convencionales- como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han expuesto ciertas pautas para su determinación:

- a) la complejidad del asunto;**
- b) la actividad procesal del interesado;**
- c) conducta de las autoridades estatales y**
- d) análisis global del procedimiento".**⁶⁹

. *La complejidad* puede evidenciarse, por la extensión de las investigaciones y de los expedientes, la cantidad y dificultad de las prueba⁷⁰ y ⁷¹

. En la actividad procesal del interesado Debe someterse a consideración si el interesado obstaculizó el proceso interno o si participó activamente haciendo todo lo

⁶⁶ Ello ha sido señalado por la misma Corte Interamericana en el caso *"Almonacid Arellano y otros vs. Chile"* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 26 Septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124) y en el plano interno por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes, entre los que se destacan los fallos *"Mazzeo"* (CSJN, Fallos, 330:3248), *Ekmejdjian c/ Sofovich"* (CSJN, La Ley, 1992-C-543= Simón (CSJN, Fallos 328:2056)

⁶⁷ (caso *"Tribunal Constitucional vs. Perú"*, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71)

⁶⁸ (caso *"Baena Ricardo y otros vs. Panamá"*, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127)

⁶⁹ Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros

⁷⁰ (GENERA, Agustín *"El derecho a ser juzgado en un plazo razonable: aspectos constitucionales y convencionales"*, publicado en la Revista Pensamiento Penal, el 12/02/2018) –en lo pertinente–

⁷¹ (Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit., párr 78; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 165; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 158

posible para avanzar en la resolución del mismo⁷². (Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit., párr. 169 a 175).

. Conducta de las autoridades estatales Se trata de casos en los que las autoridades han demostrado desinterés o graves faltas de diligencia, por períodos significativos. Esto sucede cuando una investigación es abandonada sin llegar a la identificación y sanción de los responsables⁷³.

En suma, la realidad que atraviesa el procedimiento administrativo sancionador, exige repensar sus garantías fundamentales porque sólo su vigencia asegurará el ejercicio de la potestad punitiva estatal, en correlato al ordenamiento jurídico imperante. Quizás mi optimismo me lleva a pensar que, tras las valiosas construcciones teóricas de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho interno y las nuevas tendencias en la materia, logremos en un tiempo no tan lejano, un cierto derecho sancionador con basamento filosófico- constitucional que nos garantice un sistema general coherente, donde encuentren imbricación armoniosa aquellas diferentes regulaciones existentes en la pluralidad de entes que nos exhibe nuestra organización administrativa

En línea a lo expuesto, se aguarda que la Agencia de Acceso a la Información Pública asuma un rol decisivo conociendo que existen organismos descentralizados con importantes cometidos institucionales como vimos, que no han cumplido recientemente con sus obligaciones, conforme lo previsto por la ley 27.275 y que la Administración Federal de Ingresos Públicos haga lo propio, ante casos similares como el que se ventiló en el caso Musante, en cumplimiento del principio de defensa en juicio que fuera vulnerado por no pronunciarse en un plazo razonable.

Ha llegado el tiempo en que los órganos estatales y particularmente las oficinas o direcciones de sumarios administrativos que impulsen investigaciones, **resguarden sus decisiones, las que deben lucir imbuidas de una ética, un respeto a las garantías del debido proceso y un clima moral singulares** a partir de los cuales cobra sentido el Estado de derecho en toda su dimensión, ajustado al enfoque del control de convencionalidad que se hace en el examen de las normas en el sistema de justicia interamericano, que obliga internacionalmente a los órganos administrativos del Estado a su aplicación inmediata.

⁷² (Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit., párr. 169 a 175)

⁷³ (Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr... 162)

CAPÍTULO IV

I. Dimensión de la juricidad que debe impregnar la actividad administrativa

En primer lugar, recordemos que “*el derecho no se puede entender sin el poder, y que el poder se configura y se racionaliza o se frena y se limita por medio del derecho*”⁷⁴. Lo que supone un “*poder institucionalizado, abierto a valores, que pretende su eficacia a través del derecho*”, a través de la dimensión que adquieren los principios generales del procedimiento ‘administrativo, sustentándonos en el valioso estudio de la doctrina⁷⁵, sobre todo por su sistematización.

Previo a desarrollar los presupuestos básicos que dotan de sentido y razón a la organización y funcionamiento de las instituciones, compartimos con Sáenz, que no debemos perder de vista una premisa fundamental: “*El plexo de principios generales imperante en el orden jurídico encuentra actualmente su fuente en nuestra Carta magna, en las declaraciones y los tratados con jerarquía constitucional*”, a casi tres décadas de su reforma. Como consecuencia, el epicentro del Estado Constitucional de derecho se relaciona con dicha concepción y con el fundamento de los derechos humanos que racionalmente justifican los principios morales/normativos de la -tesis del construccionismo moral que postula Nino⁷⁶, con sustento en los principios de inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona, de cuya conjugación se deriva un conjunto de derechos individuales básicos, como los principios *pro homine y favor libertatis*, en la base de los principios generales del procedimiento administrativo de los cuales derivan los principios generales que tienden a concretarlos y lograr su vigencia. No olvidemos, que en términos del autor mencionado, la democracia “*incrementa las oportunidades de los individuos para ejercer su autonomía...*”⁷⁷. Es paradójico, pero como lo señaláramos en los ejemplos anteriores, el déficit ético que enfrentan muchos de los organismos públicos que conforman nuestro universo administrativo está muy relacionado con una cierta desconexión con los objetivos centrales de estas instituciones.

Atento estas consideraciones y previo a reseñar a algunas nociones conceptuales del mencionado autor, como de estudios que lo abordaron, recordemos que al derecho administrativo le interesa de la administración pública dos cuestiones básicas:

- a) el ejercicio de la función administrativa, y
- b) la protección de los derechos de los ciudadanos.

Por tal motivo, cobra un relieve particular la ética de las instituciones públicas, afirmada, entre otros aspectos, en los valores personales que estriban en el sistema democrático. Como expresamos en el Capítulo III, los órganos estatales, al igual que las personas, poseen un definido componente ético y otro moral, precisamente porque los principios útiles para adoptar decisiones surgen del conjunto de valores elementales

⁷⁴ MARTINEZ, Gregorio Preces- Barba, “Curso de derechos fundamentales” teoría general, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado 1999, p. 327 ibidem, p.327-328

⁷⁵ SAENZ, Jorge “*Procedimiento Administrativo*”. “*Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo*”. Capítulo VIII, Tomo I; “*Principios Generales del Procedimiento Administrativo*”, año 2012, Ed. La Ley, ps. 325/367

⁷⁶ NINO, Carlos Santiago: “*Etica y Derechos Humanos*”, Paidós 1984 y NINO, Carlos Santiago: “*La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia*”, Este trabajo fue publicado luego en Carlos Nino, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 111-133

⁷⁷ CIANCIARDO, “*La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos Nino*”, Díkaion, ISSN 0120-8942, Año 24 - Vol. 19 Núm. 1 - 47-70 - Chía, Colombia - Junio 2010

de la condición humana a partir de los cuales se afianza el Estado de derecho en toda su dimensión. Bregamos por tal razón, para que los funcionarios de la Administración se formen en el razonamiento ético propio de la gestión pública, atento la evolución del derecho público interamericano en resguardo de la conducta de las autoridades, frente a eventuales sanciones de los comportamientos indebidos. Es primordial que los funcionarios de las distintas reparticiones, conozcan estos temas y los pongan en práctica. No de otro modo, a la hora de tomar decisiones tendrán al interés general y a los valores democráticos como referencia para la acción. Cabe preguntarnos ¿De qué factores depende que las instituciones públicas realicen de modo eficiente y justo las funciones que les han sido atribuidas? Un debate del tema nos brindaría las más dispares respuestas.

Efectivamente, **la eficacia y la justicia son los atributos con los que se espera que la Administración cumpla su función.** Para ello se requieren medios técnicos y humanos. Cuentan entre los primeros: un diseño institucional ordenado, bien reglamentado y gestionado por objetivos y una correcta implantación y regulación de la carrera administrativa, donde el mérito sea el criterio para el ascenso y un conjunto de medidas destinadas a garantizar que el trabajo se realice de forma adecuada⁷⁸ como opinan los especialistas en la materia.

Ahora bien, la faz instrumental y operativa sin contextos éticos para integrarla en el desenvolvimiento institucional diario, carece de sentido; por ello es necesaria la convergencia de los planos éticos/ técnica funcional, concebidos, no como un instructivo o un cuerpo de reglas, sino como un pauta rectora que oriente la gestión a fin de arribar a una voluntad administrativa justa y razonable.

Dicho esto, como expresáramos, es necesario aproximarnos a las expresiones del pensamiento: *"Por supuesto que hay mucha gente que no está motivada a actuar de acuerdo a principios morales, pero esa gente no se preocupa tampoco por la justificación del gobierno y por la justificación de la democracia; excepto por lo que hace a razones prudenciales, al hombre inmoral tanto le da que haya o no gobierno y que, de haberlo éste sea o no democrático"*⁷⁹. Un sector doctrinario expone que *"La perspectiva del hombre moral, entonces, es la que interesa: es él quien se pregunta por las razones que justifican al gobierno, a la democracia y al derecho. Y desde esta precisa perspectiva es desde donde se afirma y parece tener sentido la superfluidad o irrelevancia"*⁸⁰. Frente a este argumento, Nino replica que: *"si bien es cierto que, cuando nos preguntamos por la legitimidad moral del gobierno y de la democracia, debemos situarnos en la perspectiva del hombre moral, es errado suponer que para el hombre moral la única conducta que está en juego es la suya propia"*⁸¹.

"Por supuesto, el hombre moral está también interesado en la conducta de sus congéneres. Es evidente que tiene que presuponer que muchos de ellos, por mala voluntad

⁷⁸ GALLEGOS, Daniela, doctora en Ética y Democracia Daniela Gallegos, por la Universidad de Valencia y licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad de los Andes y la Universidad de Valencia

⁷⁹ NINO, Carlos Santiago (ob cit)

⁸⁰ CIANCIARDO, *"La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos Nino"*, Díkaion, ISSN 0120-8942, Año 24 - Vol. 19 Núm. 1 - 47-70 - Chía, Colombia - Junio 2010

⁸¹ CIANCIARDO, *"La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos Nino"*, Díkaion, ISSN 0120-8942, Año 24 - Vol. 19 Núm. 1 - 47-70 - Chía, Colombia - Junio 2010

o por ignorancia, se comportarán inmoralmente, y es precisamente para incidir en el comportamiento de éstos, que el hombre moral recurrirá al gobierno y a sus normas jurídicas, a quienes considerará moralmente justificadas en la medida en que las prescripciones dirigidas a los descarriados se ajusten a principios morales". No obstante, frente a este argumento se puede insistir con el anterior: "por supuesto que el hombre moral admitirá que el gobierno es necesario para guiar a los inmorales, proveyéndoles razones prudenciales para actuar; pero con esto él quiere decir que es necesario que alguien monopolice la coacción y formule las prescripciones correspondientes. No quiere decir, en cambio, que es necesario que haya alguien que decida independientemente de él cómo los inmorales deben actuar. En esto, el hombre moral sigue siendo el 'legislador supremo' no sólo para sí mismo sino también para los demás, ya que lo que dispone quien ejerce la fuerza sólo será moralmente válido en la medida en que coincida con su propio juicio"(...) "la aceptación efectiva y generalizada de esta posición conduciría de hecho al anarquismo: todos los hombres morales, por diferentes que sean sus respectivas concepciones éticas, se sentirían con derecho a imponerlas a los demás". El crítico de este primer presupuesto tiene aún un contra-argumento a mano: "no es cierto que el hombre moral sólo considere que las prescripciones del gobierno son moralmente válidas cuando coinciden con sus propios juicios. Aun cuando en ocasiones el gobierno, como es inevitable, se desvíe de ese juicio, sus prescripciones tienen que ser obligatorias para la gente inmoral, ya que si no lo fueran, el gobierno desaparecería y sería peor que los descarriados no se vean constreñidos por sus dictados"⁸².

Esto significa que las funciones estatales debe conducir a defender el principio de la dignidad y de los derechos inalienables, robusteciéndose de valores y principios -en los términos planteados en el comienzo de este trabajo- de los que no se puede prescindir al interpretar las reglas y resolver los casos que se presenten.

Quizás mi optimismo me lleva a pensar que, tras las valiosas construcciones teóricas de la doctrina y la jurisprudencia en torno al derecho sancionador en el derecho interno y en el comparado-, logremos en un tiempo no tan lejano, un cierto derecho sancionador con basamento filosófico- constitucional que nos garantice un sistema general coherente, donde encuentren imbricación armoniosa aquellas diferentes regulaciones existentes en la pluralidad de entes que nos exhibe nuestra organización administrativa.

Dicho ello, veamos brevemente, los roles esenciales que cumplen los principios generales del procedimiento administrativo⁸³ que le dan contenido a su juricidad.

- **Orientador** de la interpretación de sus normas componentes en la aplicación a casos,
- **integrador** de sus lagunas,
- **De limitación** de las facultades discrecionales y reglamentarias de los órganos administrativos intervinientes, especialmente en materia de contrataciones -sea precontractual o en la estricta etapa de ejecución contractual-, en la que en la mayoría de los casos, los organismos formulan su propia normativa.
- **De fundamentación** de la defensa y ampliación de los derechos de los individuos en posición procedimental frente al Estado, como ocurre en el

⁸² NINO, Carlos Santiago (ob cit)

⁸³ SAENZ, Jorge Ob cit

procedimiento sancionatorio o en cualquier otro en que se hallan en juego derechos e intereses de los particulares.

- **De equilibrio y morigeración** en la aplicación de pseudoprincipios establecidos en favor del Estado y que constituyen una limitación a los derechos (por ejemplo la ejecutoriedad y presunción de legitimidad de los actos administrativos y la perentoriedad de los plazos para impugnar la actividad estatal.
- **De servicio** de base normativa a la declaración de invalidez de todas las normas generales e individuales de origen administrativo que se le opongan o los desconozcan dentro del procedimiento administrativo de su producción

Dicho esto correspondería dejar sentado, desde la perspectiva que intentamos imprimir al fenómeno del poder estatal en el derrotero que trazamos, dos elementos básicos: El concepto de procedimiento administrativo con concebimos el instituto como una categoría conceptual unitaria, que está referida tanto a la validez y eficacia de los productos jurídicos de la función administrativa, cualquiera sea el órgano estatal o paraestatal que la desempeñe, como a la garantía de los derechos de los particulares respecto de la obtención de esos productos en condiciones de legitimidad y celeridad.

En segundo lugar merece destacarse el principio rector: **la tutela administrativa efectiva**, de los que surgen los derechos y principios generales básicos del procedimiento administrativo, que todos los funcionarios y agentes de los cuadros de la administración pública deberían comprometerse a fin de su efectivización.

. **universalidad,**

. **juricidad,**

. **transparencia y publicidad irrestricta,**

. **celeridad y**

. ***pro actione.***

Lo precedentemente expuesto, significa que toda actividad administrativa debe desarrollarse a través de un procedimiento público sometido a reglas predeterminadas que así lo exigen, además de ciertas garantías mínimas (participación y defensa, publicidad, juricidad y celeridad) con apoyo en el principio republicano adoptado por el artículo 1º de la Constitución nacional.

. **Principio de juricidad:**

Como sabemos, generalmente se lo conoce como legalidad objetiva, domina y preside la totalidad del derecho administrativo, ya se trate de materias de forma como de fondo. Impone la sujeción de toda la acción administrativa estatal al bloque de juricidad y a los criterios de aplicación respetuosos de la exigencia de razonabilidad y total interdicción de la arbitrariedad. Debe mantener las garantías de los ciudadanos ante las Administración, sobre todo en tiempos en los que la utilización de las nuevas tecnologías enmarca dicha relación e impone subrayar aquel título, en resguardo de la participación ciudadana, garantizada por la Carta Iberoamericana mencionada, en el sentido de que no está referido a las personas con derechos exclusivos de ciudadanía o de nacionalidad sino a todo habitante con respecto a la gestión pública de Argentina,

donde reside, en el ejercicio de los derechos que le conciernen.. Adquieren una significación especial el **derecho al honor, la intimidad personal y a la igualdad**.

Cabe destacar que, en el plano estrictamente contractual de la Administración -como gestora del bien común- debe interpretarse el principio de *marras*-, su carácter restrictivo de la autonomía de la voluntad del particular (CSJN, "*Espacio*"), propio de la lógica distributiva y no conmutativa de la relación.

Indudablemente, las razones indicadas lo elevan a categoría de principio general, por la riqueza y las implicancias que tiene su nueva formulación, que nos señala que su extensión no se limita ni agota en el "*principio de legalidad*", propio del Estado de derecho clásico, aun cuando sus corolarios sustanciales sigan siendo cardinales, en tanto se vinculan con los principios de la democracia representativa y la división de poderes.

Como consecuencia de ello, la obligación de los diferentes órganos administrativos de someterse a sus prescripciones, sigue vigente como columna de nuestro sistema institucional. Cabe recordar que dicho principio no se agota en la noción de "*expresión general*". Sobre la misma así entendida, deben aplicarse no sólo los principios constitucionales, sino los que surgen razonablemente de los tratados internacionales, del *ius cogens* y los dimanantes de la jurisprudencia, opiniones e informes de los Tribunales y organismos internacionales.

Por cierto, aquella operación a partir de la cual el derecho y la ley no puedan ya concebirse como sinónimos, es lo que posibilita distinguirlos y prevalecerá el primero sobre la segunda, eventualmente de encontrarse contradicciones, al que se remitirán los principios referidos.

Por esta razón, encuentra sentido la inclusión del principio de juricidad, entre los que presiden el sistema del procedimiento administrativo, ya que todo el derecho que integra el sistema jurídico lo es, y de sustituir la expresión "*legalidad*" para eludir su acotado alcance destinado a limitar la fuente del derecho a la ley.

Dicho esto, sus corolarios son: los derechos de defensa y debido proceso, el principio *in dubio pro actione*, los propios del sistema republicano (publicidad y transparencia), los atinentes a la protección de los derechos y la imparcialidad. Todos ellos de aplicación directa.

. Principio de transparencia y publicidad irrestricta:

El estado actual del derecho público presenta varias aristas singulares en la materia, muchas de las cuales definidas a partir de lo previsto por el capítulo 5° de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana referida, por la que, en este punto a desarrollar, todos los procedimientos administrativos de los distintos organismos o partes de ellos que se hallen en archivos y registros públicos, en el estado en que se encuentren, puedan ser conocidos por los ciudadanos en ejercicio de sus derechos a obtener información sobre la actividad de la Administración.

Por cierto, este acceso a la información y a los procedimientos y la correlativa obligación estatal de satisfacerlo está reconocido en el artículo 13.1 del Pacto de San José de Costa Rica, interpretándose que éste debe ser amplio y general, sin requerirse ninguna legitimación específica, reconociendo sólo como excepciones la protección de

la seguridad, de datos personalísimos o el interés de la vida privada de las partes (artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En virtud de que el acceso mencionado es un aspecto crucial del principio republicano de la publicidad de los actos gubernamentales y constituye una condición primordial y necesaria para el control de la transparencia y legalidad de la actividad de la Administración, se impone a los funcionarios la obligación de brindarlo a las actuaciones y proporcionar copias documentales y de otros elementos que se requieran, en formatos adecuados.

Este principio, desde luego, fulmina como inconstitucionales las normas contenidas en el inciso c) del artículo 2º del decreto ley 19.549 y en el artículo 38 del decreto reglamentario 1759/72 en tanto acuerdan competencia a funcionarios administrativos menores a restringir sin causales taxativas y limitaciones razonables el acceso a las actuaciones administrativas y por consiguiente imponer el control sobre su propia actividad. Sobre el efecto negativo que ello acarrea en la sociedad, podemos recordar los términos del informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión 2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - de inexcusable práctica en la actividad administrativa de los organismos aplicación - que *"... los pobres, en general, son los que tienen menos posibilidades de obtener información sobre las decisiones y políticas públicas que los afectan directamente, privándolos de información vital para sus vidas, como ser, entre otros, información sobre la existencia de servicios gratuitos, conocimiento de sus derechos, acceso a la justicia, etc. A su vez, estos sectores tienen menor acceso a las fuentes de información tradicionales para expresar sus opiniones o hacer pública denuncia sobre violación a sus derechos básicos"*, ante lo cual adquiere pleno sentido y vigor para el sistema democrático, cada uno de los mandatos incluidos en la Declaración Interamericana de principios sobre libertad de expresión.

Por último, la ley N° 27.275 que tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, salvo las excepciones previstas por esta ley, se aplica a los tres poderes del Estado y se funda en los siguientes principios: presunción de publicidad: toda la información en poder del Estado se presume pública, transparencia y máxima divulgación: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas.

En esta línea, el acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican. Informalismo: las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello.

Asimismo, los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento.

Completan el elenco de principios:

. Máximo acceso: la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles.

. Apertura: la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros.

. Disociación: en aquel caso en el que parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidas por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción.

. No discriminación: se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud

. Máxima premura: la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor.

. Gratuidad: el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.

. Control: el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Esto significa que las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su respuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente

. Responsabilidad: el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan.

. Alcance limitado de las excepciones: los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información.

. *In dubio pro petitor*: la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información y

. Facilitación: ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no, en su poder o negar la divulgación de un documento de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información.

. Buena fe: para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplirlos fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

Por último y en honor a las innovaciones que arribaron al procedimiento administrativo clásico, no podemos dejar de mencionar que la defensa de estos principios, constituye la garantía de una Gestión Documental de Expedientes abierta y respetuosa del derecho a la información. Las nuevas tecnologías aplicadas al procedimiento, posibilitan un nivel de difusión y conocimiento de las decisiones de la Administración que en otros tiempos se tornaba inimaginable.

Conocer las comunicaciones oficiales y las notificaciones de los actos administrativos, es esencial, precisamente por lo que significa el respeto del principio de voluntariedad que debe regir las comunicaciones electrónicas y, por otro lado, su conjugación con la protección de la intimidad personal y los datos personales. En línea a estos cambios, el decreto 894/2017 modificó el artículo 41 del decreto reglamentario 1759/72., agregándole que las notificaciones se efectuarán “...Por medio de la plataforma electrónica de trámites a distancia (TAD), que se realizarán en la cuenta de usuario que es la sede electrónica en la cual el particular ha constituido su domicilio especial electrónico. La notificación oficial se dará como perfeccionada cuando el contenido de la misma esté disponible en la cuenta de usuario de destino. ...”. En la práctica; es necesario que la Administración pueda implementar una aplicación informática en el cual se pueda comprobar el acuse de recibo, emitiendo por ejemplo una pantalla en donde se indique que se ha recibido de manera exitosa la información enviada por el ciudadano.

. Principio de defensa y participación:

Como sabemos, el debido proceso es reconocido universalmente como un derecho humano. Desde el punto de vista de los casos en los que están en juego derechos subjetivos o intereses legítimos este principio se conoce como derecho de defensa o derecho al "debido proceso", imperante en nuestro ordenamiento a partir de su reconocimiento en el artículo 18 de la Constitución histórica, ahora desarrollado en el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y las opiniones y fallos de sus órganos de aplicación. El decreto ley 19.549 lo incluyó en su artículo 1º, inciso f), como "**debido proceso adjetivo**", en tres apartados (**derecho a ser oído antes de la emisión de los actos, a ofrecer, producir y controlar pruebas y a una decisión fundada**) que se encuentran complementados en los incisos c y d del artículo 7º. No podemos dejar de expresar, que protege el derecho de los ciudadanos a plantear todas las peticiones, observaciones, cuestionamientos, apoyos e impugnaciones de cualquier naturaleza que les posibilitan estar presentes en el desempeño de las competencias y responsabilidades administrativas.

Asimismo, como obligación de los órganos administrativos y como derecho subjetivo o interés protegido de las partes en cualquier tipo de procedimiento administrativo y como derecho colectivo de los sujetos legitimados según el artículo 43 de la Constitución nacional. Desde esta perspectiva, el procedimiento administrativo se presenta como un ámbito de colaboración de los ciudadanos con la mejor consecución del interés público por parte de la acción administrativa. Otro aspecto del principio – nos ilustra Sáenz en su obra- "*hace a la obligatoriedad de los órganos administrativos de emitir con todos los requisitos de validez establecidos el acto administrativo de que se trate, debidamente fundado y motivado, lo que se destaca como un momento fundamental del procedimiento administrativo, ya que la decisión y el procedimiento se relacionan de la misma manera que la sentencia judicial y el proceso en la que se dicta. Es el fin que naturalmente tiende el procedimiento y su resultado final, aun cuando este pronunciamiento está sometido al control judicial pleno de acuerdo con el principio de tutela judicial efectiva*", máxime a la luz de la Carta Iberoamericana de la Participación Ciudadana invocada, que notablemente vigorizó el principio, a partir de sus cláusulas, entre las cuales se destaca la 24º que consagra la participación de organizaciones sociales con fines públicos cuyos objetivos sean convergentes con las cuestiones

específicas del ámbito de competencia de las instituciones públicas, y que además cumplan con los extremos por ella exigidos.

De lo que se trata es de abonar la tendencia hacia un proceso de construcción social de la voluntad administrativa, si nos concientizamos que **la participación es un derecho, una responsabilidad y un complemento de los mecanismos tradicionales de representación política**, como lo expresa la Carta.

En suma, compartimos con el autor, que este principio que analizamos es un caso típico de *“cómo un principio general con los caracteres asignados, debería servir de fundamento a una progresiva ampliación material y personal de su esfera, más allá de la consagración estrecha que el texto positivo ha efectuado. Es decir, que no sólo debe ser operativo en los procedimientos con partes legitimadas por la titularidad de derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que también debe ser aplicado al caso de portadores de intereses simples y derechos difusos o colectivos y aún a los meros interesados en ejercer sus derechos a la información y participación”*.

Por esta razón, un campo muy importante de aplicación del principio que estamos tratando es el de las audiencias públicas, en tanto procedimiento administrativo específico previo a la adopción de políticas públicas, emisión de actos administrativos que afectan los derechos de los ciudadanos o la creación de normas generales. Este procedimiento, que debe generalizarse en nuestra práctica institucional dotándolo de todas las garantías y salvaguardias para que se convierta en una instancia útil de participación, no sólo debe resguardar el derecho de los ciudadanos a ser oídos, argumentar y probar desde su punto de vista, tanto se trate de sus derechos como de la mejor manera de satisfacer el interés general, sino que debe posibilitar que la Administración pueda tomar la mejor decisión posible (eficiencia) tanto desde el punto de vista de la legalidad como del mérito” Por último, deben entenderse incluidos en este principio: la regla de la gratuidad -integral y sin limitaciones, el principio de contradicción, el derecho amplio a recurrir las decisiones que son impugnables, para obtener un segundo pronunciamiento, el derecho a la imparcialidad de los funcionarios, el derecho a la igualdad en la aplicación de las reglas y en el trato y el derecho a ser tratado con buena fe por parte de la administración.

Principio de celeridad e impulsión de oficio:

Acertada propuesta para su efectivización.

A fin de efectivizar su aplicación práctica -como para los de economía,-sencillez y eficacia- los artículos 5º, 6º, 71 y 72 del reglamento prevén un conjunto de facultades, obligaciones, sanciones, amenazas y derecho a quejarse, que jamás se ha cumplido en la realidad. El principio que tratamos, que impone la tramitación y decisión en los menores plazos razonables posibles, se complementa con la exigencia de impulsión de oficio de los procedimientos y la obligatoriedad del ejercicio de la competencia. Sin embargo, en la realidad argentina, compartimos la opinión de parte de la doctrina, que no hay impulsión de oficio ni competencia de ejercicio obligatorio ni celeridad y menos eficacia, como tampoco la acertada propuesta de tratar de consagrar en la jurisprudencia la tesis de la responsabilidad del Estado por la demora en la decisión de los expedientes administrativos. Se trata -como nos recuerda Saenz- de convertir la demora en una *“falta de servicio”*, al estilo de lo que prevé en el derecho italiano el artículo 2º bis de la ley 241/90 agregado por la ley 69/2009, que impone la obligación

de reparar el *"daño injusto causado como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del plazo de conclusión del procedimiento"*. Si esa morosidad es imputable al Estado (por no deberse a fuerza mayor o no mediando culpa del propio interesado en la dilación, por ejemplo por obstruccionismo, caso que es capturado por el apartado 9 del inciso e) del artículo 1º del decreto ley 19.549, que se refiere a la parálisis del trámite por causa imputable al administrado) y ha causado daños, debe generar el derecho indemnizatorio del particular. Cabe recordar que *"lo que agobia a los ciudadanos no es que la Administración actúe mal, sino que no actúe: que pasen los meses y los años..... y el establecimiento no obtenga la licencia.... el empresario que pleitea con la Administración más que por el dinero está preocupado por el tiempo, puesto que del tiempo depende su éxito o fracaso"*, expresa Nieto, quien invita a reflexionar a quienes nos preocupa la realidad del funcionamiento de la gestión administrativa, a fin de lograr pronto una solución, caso contrario seguiremos conviviendo con situaciones y trámites de expedientes que evaden todo tipo de parámetro sensato y razonable, sea por el tiempo del procedimiento o desidia en su prosecución.

Principio pro actione

La denuncia de ilegitimidad.

Su poder jurídico propaga la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones y de los derechos de los ciudadanos, en los casos no previstos o de normas insuficientes, o por errores de los interesados, consustanciado con una progresiva legitimación ampliada, la interdicción de los plazos de caducidad o a la imposibilidad de apelar a aspectos formales, en menoscabo de aquéllos, por lo que es vital la vigencia de este principio. Vinculado también a la función de colaboración para reestablecer la legalidad, lo que en alguna oportunidad ha señalado la CSJN⁸⁴. Una de sus manifestaciones es el **principio del informalismo** a favor del interesado o **formalismo moderado** que reconocer el derecho a que se le permita la subsanación, o bien que se estimen intrascendentes los defectos no sustanciales de sus presentaciones. Sin embargo y salvo estas escasas señales, casi no se han hallado fallos sustentados en su fuerza expansiva ante situaciones no previstas. Es central el análisis del autor, respecto a la denuncia de ilegitimidad, *"cuyos actos de resolución por parte de la Administración han sido estimadas irrevisables judicialmente por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y la CSJN⁸⁵ con argumentos de escasa relevancia frente a los derechos que estaban en juego, que se refería a la pérdida de derechos individuales. Pero otra solución hubiese sido posible en base a "buenas razones", como lo sostuvo en el voto disidente de la Dra. Marta Herrera⁸⁶, en el que la magistrada entendió que la desestimación de la denuncia de ilegitimidad por el fondo debe ser susceptible de revisión judicial. Recordemos que en la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos,*

⁸⁴ CSJN *"Duresse"*, (Fallos 308:603).

⁸⁵ CSJN *"Gorordo"* (Fallos 322:73), 4/2/1999

⁸⁶ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II caso *"Olivieri"*, sentenciado por la Sala II, 19 de junio de 2001

ha quedado clausurada la vía recursiva, y por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable”.

Ahora bien y compartiendo el planteo del autor: de qué depende que en aquellos casos que deban resolver la autoridades de los organismos y reparticiones como vimos, no se siga un criterio más democrático, como se promueve desde el derecho público contemporáneo?

Claramente, de la concepción de los funcionarios sobre la verdadera naturaleza del sistema jurídico argentino, de si es o no un Estado de Derecho constitucional, si sus principios generales tienen una función que desempeñar, de cuál es su jerarquía normativa, si su fuerza expansiva juega en la decisión de los casos que se presenten, si el principio *pro actione* es concebido como una mera invocación o definitivamente como un verdadero principio jurídico imperativo.

En resumen, depende como decía Dworkin, de si los derechos se toman en serio o no. Esta clase de inconsistencias entre la existencia de principios propios del Estado de Derecho constitucional y las prácticas administrativas que los desconocen, que se han ejemplificado a lo largo del trabajo merecen algunas reflexiones sobre las posibles causas de esta realidad.

II. Los principios generales y las dificultades de su vigencia en la actual situación institucional

Una vez planteados los principios generales dentro de la regulación del procedimiento administrativo, debemos confrontarlos con la realidad, examinando en qué medida el Estado pone en práctica o por el contrario desconoce a través del ejercicio de su acción, **los valores, ideas y proyectos colectivos** contenidos en los principios generales que son la sustancia y fundamento de los textos constitucionales y convencionales.

Aproximándonos a la dinámica de la gestión de los diferentes organismos en la que, su desenvolvimiento – por acción u omisión- implica no pocas desprolijidades rayanas con irregularidades –como acaece con las sucesivas intervenciones del Instituto Nacional contra la Xenofobia, el Racismo y la Discriminación que prácticamente desde su creación, impiden el normal funcionamiento que manda la ley 24.515- o en los casos en que se incurre en superposición de las atribuciones en más de una oportunidad entre entidades estatales o injerencias de un órgano sobre la esfera de competencias de otro, la conclusión no es muy alentadora, luego de pensar el estado del sistema institucional argentino en qué situación se encuentra y el tibio compromiso por la plena vigencia de los principios básicos del Estado constitucional de derecho y entre ellos los que aseguran la vigencia de los principios generales del procedimiento administrativo por parte de sus responsables.

Evidentemente es preocupante, si estamos convencidos que *"el Estado no debe ser tomado como un dato dado sino como construcción, producto y expresión de una cultura y sus contradicciones. Y por ello, debemos ir por una vigencia más amplia y extensiva de los principios"*. cómo lo asevera Sáenz en las antedichas reflexiones.

Atento a las ideas concluyentes arribadas en los diferentes capítulos, donde analizamos los aspectos sustanciales de la desconcentración funcional, la caracterización del Estado de derecho argentino como constitucional, pasó a ser en gran medida,

condicional. Es decir, esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones, como la participación de la sociedad civil, la exigencia del principio de igualdad, la extensión y concreción de los derechos sociales y económicos, la imperatividad de las normas internacionales y la implementación de medios eficaces para combatir la corrupción, entre los más importantes.

Finalmente, hacemos votos -con apego a la pluma de ineludible aliento de la doctrina que nos inspira en el análisis, de que *“entre el conjunto de los principios generales del sistema jurídico argentino, el desarrollo y aplicación intensivo de aquellos principios propios del procedimiento administrativo, podría contribuir decisivamente a esa urgente tarea de reformular las bases de la práctica administrativa-cultural de nuestra organización institucional”*.

Se torna impostergable la técnica de compenetración del cuadro general de la situación institucional con el *“subsistema procedimental administrativo”*. De lo contrario, escasas señales serían las que producirían, por la efectiva vigencia de los derechos de los ciudadanos a la tutela administrativa efectiva y demás principios enunciados precedentemente.

En línea a su pensamiento, compartimos que la arbitrariedad administrativa y la potestad normativa casi irrestricta en el ejercicio de sus atribuciones intensificará el ocaso de un número importante de nuestros organismos, de no concientizarnos de la urgente transformación de muchas de sus prácticas que lindan con supuestos de irregularidad que amenazan tornarse crónicos.

En síntesis, contados decisorios-como el caso Musante *ut supra* analizado en orden al legítimo ejercicio de la potestad sancionadora de la AFIP -, o las construcciones superadoras de la doctrina que se opongan a situaciones que merezcan todo el reproche, sólo serán algunas expresiones valiosas en un universo que nos tiene acostumbrado a una vasta producción de actos que precisamente no se ejecutan en correlato al espíritu protectorio de los derechos fundamentales que deben campear.

Todo ello, conforme la doble fuente del derecho interno e internacional que rige nuestro ordenamiento jurídico y consolida el porvenir a partir de un enriquecedor diálogo interjurisdiccional, en procura del sistema de derechos humanos, por cuyo diseño debemos mantener una vocación permanente.

CONCLUSIÓN

Atento el abordaje de los aspectos sustanciales de importantes organismos que encarnan la desconcentración funcional en el Estado constitucional y social de derecho argentino y en virtud de los elementos fácticos y jurídicos expuestos se arriba al siguiente análisis concluyente:

XII a) aspecto orgánico – funcional.

En razón de la indisoluble relación entre las normas, el poder y el procedimiento que rige el ámbito estatal, los caracteres básicos de nuestra forma de Estado y tras haber reflexionado aquellos casos en los que están en juego los derechos de mayor mérito para que el procedimiento administrativo repare en ellos y garantice su pleno ejercicio, existen básicamente dos motivos que configuran su actual y complejo panorama:

. preocupantes inobservancias y en su caso, omisión, en los mecanismos de designación y selección de los integrantes de los órganos respectivos de los entes, impidiendo el correcto desenvolvimiento de sus órganos previstos por la ley de su creación. Tal como lo demuestra el caso del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, a partir del análisis del decreto 57/2020 que lo interviene administrativamente, como los similares anteriores sin motivación expresada, afectando las garantías de su funcionamiento.

. habitual incumplimiento de la normativa vigente y los principios rectores del derecho administrativo en la creación y desenvolvimiento de la actividad de diversos organismos descentralizados, teniendo en cuenta que a fines de 2016, conformaban el 75% de la estructura organizacional de la Administración y sobre los que impacta la injerencia del poder Ejecutivo – básicamente en la designación de sus autoridades, la flexibilidad organizativa del organismo y su autarquía presupuestaria- quien tiende a diseñarlos con bajos niveles de autarquía en relación con los debatidos y aprobados por el Congreso, sellándose en consecuencia, la suerte de su destino institucional.

A través de encuestas e informes, se demuestra que el nivel de autarquía es mayor cuando éstos son creados por ley y no por decreto, como sucede muchas veces, lo cual avala la idea de que los presidentes intentan centralizar la conducción del Ejecutivo alrededor de su persona, siendo ello más propenso cuando no poseen mayoría en el Congreso; en cambio, cuando hay gobierno unificado, aumenta la creación organismos descentralizados por vía de leyes, lo que se traduce en mayores niveles de autarquía que los períodos de gobierno con fuerzas políticas divididas donde aumenta la creación reparticiones descentralizadas por la vía del decreto.

XII b) aspecto contractual.

En el marco del decreto 1030/2016 que reglamenta el decreto delegado 1023/2001 y las normas pertinentes que fuesen de su aplicación, el dictamen 1714 de la Unidad de Auditoría Interna del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (con el acento en el resguardo de la Comisión Evaluadora de Ofertas y en la constitución de la garantía del mantenimiento y el cumplimiento del contrato) y el valor de las compras públicas sustentables, nos orienta a la búsqueda de posibles soluciones dirigidas a alcanzar:

. la regularidad y razonabilidad en el uso y aplicación de los recursos públicos, así como la planificación anual que deben presentar los organismos a fin de evitar –entre otras

cuestiones- altas contrataciones con propósitos que eventualmente terminan siendo observados.

- . el cumplimiento del procedimiento de adquisición de bienes y servicios ajustado a la normativa que los rige, en sus respectivas etapas e instancias –preparatoria, convocatoria del llamado, publicidad, apertura de las ofertas, evaluación, adjudicación y ejecución contractual-

- . la concientización de las contrataciones estatales en pos del bien común.

Insistimos en lograr lo expuesto, en virtud de que la habitualidad de ciertas prácticas contractuales –muchas veces predeterminando un orden normativo-conspira con la letra y el espíritu del régimen legal imperante. Se trata de que los organismos cumplan la normativa vigente, no sólo para someter su quehacer al principio de juricidad, sino porque además deviene en singular utilidad práctica, básicamente en los siguientes aspectos;

- . Contrataciones públicas sustentables:

Que garanticen el mejor impacto al ambiente, adecuadas condiciones éticas, sociales y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente, en especial lo que se relaciona con condiciones dignas y equitativas de trabajo y ausencia de trabajo infantil.

- . Cumplimiento de la legislación laboral vigente:

Aquí con la particularidad que se traduce en la obligación para las personas jurídicas para poder inscribirse en el SIPRO (registro de proveedores habilitados a contratar con la Administración Nacional).

- . Estrategias en el uso de Modalidades:

Previstas por el artículo 25 del decreto 1030/2016 –iniciativa privada, llave en mano, orden de compra abierta, consolidada, precio máximo y acuerdos marco- y que habían sido contempladas por el derogado decreto 893/2012 las que denotan una clara y fuerte política pública puesto que permiten direccionar el poder de compra del Estado, estableciendo productos, precios máximos y acuerdos con proveedores.

- . Criterios de selección de las ofertas:

Se traduce en la posibilidad de que el Jefe de Gabinete de Ministros establezca criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio para las jurisdicciones y entidades contratantes, a los fines de desarrollar políticas públicas que tiendan a fomentar o promover el bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros..

- . Transparencia:

Que debe asegurar amplia publicidad, la participación ciudadana en todo el procedimiento contractual - por ejemplo en la opinión/colaboración en la elaboración de los pliegos- y el comportamiento de los responsables que gestionen, autoricen y ejecuten las respectivas contrataciones. En virtud de los elementos y particularidades expuestas en el Capítulo II, entendemos que las contrataciones de bienes y servicios

tienen características especiales, diferentes de cualquier otro y que le son peculiares, por ser un instrumento de gestión que permite al Estado, el cumplimiento de finalidades públicas a través del uso de fondos públicos, por lo que los distintos actores y funcionarios responsables deben gestionar los intereses en juego en el procedimiento, de modo tal que no haya un atisbo que parezca que aquél cumple otro destino que el conferido por la normativa, de lo contrario ameritaría impugnarlas por tornarse incompatibles con los propios caracteres del Estado constitucional de derecho

En consecuencia, es un desafío de los actores intervinientes, fortalecer aquellas zonas de debilidad apuntadas en estas reflexiones como el efectivo cumplimiento de la licitación pública como regla general del sistema, armonizar los diferentes intereses involucrados en la celebración de cada contrato, bregar para que cada instancia del procedimiento devenga en su propia etapa de control y cumplir los principios y normas fundamentales que rigen actualmente el sistema, a fin de alcanzar la real vigencia de las pautas que les da sustento.

XII c) aspecto sancionatorio:

Los casos abordados cobran trascendencia, a la hora de ponderarlos en contraste con los principios constitucionalizados que ven transgredidas sus notas básicas que surgen del Estado de derecho moderno, tales como:

- a) Publicidad de los actos de gobierno, a la luz las sanciones administrativas que eventualmente puedan imponerse a los organismos descentralizados que no cumplan con las previsiones de la Ley 27.275 de acceso a la información pública, como queda acreditado con las actuaciones analizadas.
- b) Legítimo ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en relación sus agentes y/o funcionarios, regido por el decreto 467/99 u otros regímenes especiales, como en el caso "*Musante*" que investigara la Administración Federal de Ingresos Públicos, a través de las Disposiciones 185/16 y 237/18 y que la Sala Civil de la Cámara Federal de Córdoba reprochara –como precedentemente analizamos- el incumplimiento de la defensa en juicio y el excesivo tiempo transcurrido en la investigación instruida por la oficina de Sumarios de la sección Córdoba de la AFIP.

XIII Valoraciones

Dicho ello, estamos en condiciones de expresar algunas ideas concluyentes de carácter valorativo del presente trabajo, en orden a los ejes temáticos que transita, a fin de ponderarlas en aras de una eficiente gestión pública.

En relación al aspecto orgánico de los entes que hemos analizado en el **Capítulo I**, no debemos perder de vista que la desconcentración funcional se traduce no sólo en una distribución de competencias, dentro de la propia organización administrativa, sino también en una técnica que implica una agudeza y una virtualidad política muy notable -en términos de Parada- (donde radica lo cualificado de la figura) en torno a la cual debe asegurarse el regular funcionamiento sus órganos administrativos, porque representan la legitimidad de la acción desempeñada y la custodia de los derechos y garantías básicas fundamentales de su procedimiento administrativo.

Ahora bien, según el enfoque doctrinario⁸⁷ (80 I) no se trata de cualquier tipo de competencia, “sino de una atribución para resolver, para decidir en forma definitiva sobre una materia determinada por el ordenamiento”.

Atribución que se funda en la necesidad de especializar ciertos órganos en materias específicas, de manera que se satisfagan en mejor forma los cometidos públicos.

Resguardar aquellos elementos esenciales del acto administrativo emanado de poder democrático, implica resignificar los sentidos trascendentes del texto del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a la luz de los nuevos paradigmas globales y regionales del orden jurídico que imbrican en la democracia y el sistema de derechos humanos.

Contribuye arribar a esta conclusión, habernos aproximado a las reflexiones de ciertas pautas constitucionales que podemos considerar como aquellos principios primarios para explicar el funcionamiento armónico y equilibrado entre las fuentes locales e internacionales, traducidos en una Administración con calidad, eficaz y eficiente en la tutela administrativa de los derechos, como en el logro del equilibrio entre los mismos y la salvaguarda de las justas exigencias del bien común, como lo entiende la especialidad⁸⁸.

Alcanzar estas reflexiones concluyentes, significa que el reto que se le presenta a la serie de entes y organismos aquí abordados consiste en **extremar los esfuerzos posibles por conciliar las normas y valores mencionados**, advirtiendo que cada decisión se ha de interpretar a la luz y de conformidad con los **paradigmas protectorios en juego**.

Inscripto en tal temperamento indicado y volviendo a nuestro análisis, reiteramos la preocupación por la intervención administrativa del Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y Racismo en su vida institucional, no sólo porque impide a todas luces su normal funcionamiento y de sus legítimas autoridades con arreglo a la ley 24.515, sino también porque al imposibilitar la representación establecida en la normativa, priva al organismo de contar con plurales propuestas y decisiones, tan necesarias para resolver situaciones de discriminación violatorias del principio de igualdad de trato, que gravitan en la sociedad, con un nivel de complejidad cuyo abordaje se torna impostergable

Dicho ello y en virtud de la evolución publicística en el siglo XXI, ante la complejidad del quehacer de la gestión, entendemos que no es suficiente que la Administración extreme los esfuerzos posibles que referimos, porque el ejercicio de sus potestades no sólo debe sujetarse al principio de juricidad, sino también es indispensable que lo haga a los postulados de la buena fe, por lo que deberá presumirse que el comportamiento del funcionario es sincero y cumplido con la convicción de ser ajustado al deber de respeto hacia los demás. Y deberá presumirse esa categoría, en la medida que ella que

⁸⁷ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo *"Transferencia y Descentralización; Delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda"* (Revista de Administración Pública, N. 122, mayo- agosto 1990, pp. 56-57)

⁸⁸ OLIVERO, Eduardo Raúl *"Los Principios del Derecho Público Argentino: la armónica recepción de la legalidad supranacional y sus implicancias para el interés público"* (publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica N° 1, 2012).

comporta conceptos más subjetivos de la condición y esencia del funcionario – como dejar apreciar la materia contractual, vista en el **Capítulo II-**, en la sinceridad, la honestidad, la probidad y la lealtad.

Y en esta línea, se distinguen la buena fe objetiva (buena fe-creencia o buena fe-confianza) y la buena fe subjetiva⁸⁹ (buena fe-probidad o buena fe lealtad). La primera es la convicción razonable y diligente del contratante, que se ajusta a lo que surge de la apariencia de lo externo, obrando conforme a derecho.

Por otra parte, la buena fe subjetiva indica que los contratantes deben someterse a lo pactado y abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta concepción de la buena fe-lealtad (o probidad) implica: a) colaboración recíproca, b) abstención de actos antifuncionales, c) brindar conocimiento al otro contratante de actos dañosos para él y que pueden evitarse sin detrimento para la contraparte, d) cumplimiento a lo que en forma virtual, surja de lo pactado, e) comprensión legal y proba de lo contratado (interpretación de buena fe) y f) terminación no intempestiva.

Recapitulando. Es dable afirmar que el acto administrativo discrecional o aquel que, siendo más o menos reglado, contiene conceptos jurídicos indeterminados, nacen a la vida jurídica, amparados no sólo por la ya clásica presunción de legalidad, sino también por la presunción de buena fe.

Por último y acerca del derecho administrativo sancionador que tratamos en el **Capítulo III**, comprobamos que sigue pendiente la tarea de la construcción jurídica que produzca las pautas básicas y los presupuestos fundamentales de la potestad punitiva estatal, que contribuyan a definir sus elementos constitutivos.. Auguramos que la fecunda labor de los operadores jurídicos, nos acerque a una convergencia de posiciones sobre la que se erija el esperado derecho constitucional sancionador, a partir de la doble fuente de derecho interno e internacional que rige el sistema desde 1994, tras el rango constitucional alcanzado por los tratados internacionales.

En consecuencia, entendemos que los principios y sanciones administrativas en el ordenamiento jurídico se encuentran en pleno desarrollo, lo cual amerita un pormenorizado estudio incorporando nuevos criterios y pautas desarrolladas en otros ordenamientos, a fin de poder hallar respuestas a los interrogantes que en este ámbito se nos presentan.

XIV. Invocación final

Las aproximaciones y pensamientos que abordamos acerca de los organismos descentralizados, tras el desarrollo de los casos expuestos, merecen las siguientes reflexiones finales.

Como postulamos, el Estado constitucional de derecho es la forma por excelencia para establecer las pautas básicas de organización del sistema, que posibilite una política que cuente con los mecanismos necesarios que atribuya a sus órganos, las competencias necesarias para alcanzar sus cometidos asignados. Aquellas reglas

⁸⁹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI Atilio A., *“Código Civil Anotado”*, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998 (reimpresión) p. 1

sustentan los derechos humanos que constituyen su razón de ser. En su conjunto, conforman progresivamente *“la institucionalización jurídica de la democracia política”*, en términos de Elías Díaz. De ese modo, esta trilogía significa una relación constitutiva y simultánea de la sociedad moderna.

Ello implica, entre otras cuestiones, la búsqueda de estructuras organizativas que aseguren el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y sus garantías: es necesario insistir con esta idea. No contribuye por ejemplo, que persista en el escenario de diversas reparticiones, una superposición de competencias (por ejemplo el caso de algunas facultades de la Unidad de Información Financiera en relación con la PROCELAC en el ámbito del Ministerio Público, que se estudiaba en los últimos tiempos) o cierta hibridez de atribuciones que impide su adecuado funcionamiento. Casos como este, generan una serie de dificultades que han complicado la unidad de conducción de la Administración lo que ha impedido en amplios sectores de su diseño institucional, su desarrollo eficiente.

Ante esta realidad, la primera tarea en la redefinición podría consistir -si amerita- en la simplificación tipológica, reduciéndose la cantidad de tipos organizativos existentes, lo que contribuiría a esclarecer el universo administrativo.

Como lo demostramos, en términos generales, el aparato estatal argentino no satisface de modo eficiente los cometidos que de él se esperan -, en un porcentaje significativo - como ocurre por ejemplo con los procedimientos que se le imprimen al funcionamiento de los organismos, muchos de ellos para adquirir bienes y/ servicios o realizar obra pública, que a pesar de las modificaciones introducidas oportunamente por el decreto 1023/01 y luego por el decreto reglamentario 1030/16, se ha comprobado que la Administración no ha alcanzado con suficiencia aquellos niveles y estándares por ellos exigidos y anhelados, lo que no variado ostensiblemente a partir del traslado de competencias originariamente en sus manos, hacia entidades constituídas bajo forma jurídica empresarial.

Asimismo, muchos organismos y reparticiones que manejan fondos públicos, suelen convocar, con publicidad y concurrencia, a las empresas para realizar actividades de interés general -que desarrollamos en la primera parte-, *“que la propia institución solicitante, muchas veces ni está en condiciones de realizar por sí misma”*.⁹⁰ (81 I)

En muchas de estas circunstancias, la realidad nos confirma que el caso de la contratación pública es -como señalamos- paradigmático, puesto que, los principales instrumentos supranacionales aplicables en la materia, como la *decisión 40/2003*, reglamentada por Decisión 55/2204, MERCOSUR/CMC/DEC) que integra nuestro derecho comunitario, se han construido precisamente a la luz de los principios: de no discriminación, objetividad, igualdad de trato, publicidad y de libre concurrencia que finalmente concluyan en una motivada adjudicación del bien o servicio. No es menor que estén obligados a cumplir sus cláusulas y principios, todos y cada uno de los organismos nacionales, expresamente incluidos en el listado que luce en su texto.

En suma, esa expresión de la obligatoriedad por gestionar recursos públicos, implica actuar con transparencia, fomentar la igualdad y en consecuencia, adjudicar el

⁹⁰ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Los principios del Derecho Global de la contratación pública”* (Revista de Derecho-UCU, 13 (julio 2016), pp. 189-217).

contrato a la oferta mejor para el interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el régimen jurídico de aplicación.

Y como en materia de contratos administrativos, sus principios fundamentales han sido la base de las disposiciones que luego se han creado, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser considerados no sólo por quien la interpreta, sino también por quien la crea, como en el caso de la redacción de los reglamentos de contrataciones de los distintos entes y organismos.

Hoy es indudable que la evolución del derecho público en general y del derecho administrativo en particular impone su plena vigencia y el respeto por la relevancia que han adquirido sus instituciones en la materia. Es necesario su aplicación en la práctica, porque son las que sostienen todo el entramado normativo de la contratación estatal; no existe otro modo de asegurar que esté presidida por los postulados del Estado de derecho constitucional y social de derecho.

En esa línea, no podemos dejar de mencionar que sus principios ordenadores, permiten a los tribunales controlar –de corresponder– las actuaciones de la administración descentralizada en la materia asegurando que las licitaciones se hayan realizado de acuerdo con los mínimos exigibles por aquella forma de estado.

Ello, en correlato a que la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos configuran, por cierto, un elemento innovador en el derecho administrativo y decisivo para la sociedad democrática.

Asimismo, comprobamos que además de las frecuentes transgresiones a las normas básicas y principios fundamentales, la organización administrativa exhibe niveles preocupantes de ausencia de sistematización, como también de una tipología adecuada que defina con precisión el perfil de las diversos organismos existentes, muchas veces en menoscabo de los derechos e intereses involucrados en las relaciones que ellos generan en su seno.

En el desenvolvimiento de sus actividades, con el objeto de satisfacer su objeto institucional, se observa que los entes al crear su norma, incurren con frecuencia en reiterados casuísmos y para cada particularidad, elaboran distintas disposiciones que entienden sus autoridades, vienen a solucionar o paliar el problema eventualmente creado. De persistir esta práctica en la repartición, no sería difícil que se configure un propio cuerpo normativo organizativo incluso apartado del ordenamiento que debe regirla.

Atento al fenómeno que describimos en estas líneas, es claro que se necesita diseñar estructuras en la Administración, lo suficientemente operativas y flexibles a fin de garantizar su funcionalidad y organicidad. Insistimos. Debemos prestar atención al estado actual de este tipo de entes con el objeto de pulir sus acciones perfeccionándolas de modo que puedan cumplir fielmente con el objeto que tuvo en cuenta la norma al momento de crearlos, sin demorarnos en la tarea. Por cierto, el presente trabajo intenta dejar latentes las preguntas fundamentales, los interrogantes que nos interpelan una y otra vez acerca de las cuestiones abordadas, que anhelamos inquieten y conciten la atención de los profesionales que desde su análisis contribuyan progresivamente a despejarlas.

En este orden de cosas, es dable indicar un fenómeno que se ha acentuado en los últimos años, donde el Estado reasumió a su rol empresario, desde el cual se erige en

carácter de promotor de ciertas actividades o prestador de determinados servicios, como parte del ejercicio de la función administrativa. Ciertamente, ha expandido su intervención en la economía a través de la creación de empresas públicas, valiéndose para ello de las formas societarias ya conocidas por todos y por otras nuevas formas a las que podemos caracterizar de la siguiente manera:

. La Sociedad Anónima donde el Estado es el único socio.

. La Sociedad Anónima donde la porción de su capital que es mayoritaria en la empresa resulta intransferible y

. Las empresas privadas a las cuales se asocia con una participación minoritaria en el capital, convirtiéndolas en sector público nacional.

En esta línea, las intervenciones económicas estatales, se ven condicionadas por reglas competenciales, procedimentales y sustantivas –propias de la protección de los derechos de las personas y merecen atender la doctrina al respecto, siendo que *“el conflicto entre el Derecho Público/Privado es permanente, dinámico y complejo. Quizás uno de los capítulos en donde es posible advertir con mayor nitidez las rispideces y dificultades en el entrelazamiento de los subsistemas es en las formas de intervención del Estado en las actividades comerciales e industriales. (..). Aquí vale recordar en términos paradigmáticos que, en ciertos casos, el legislador dice que las sociedades anónimas públicas se rigen por los principios y las reglas del Derecho Privado y que no debe aplicárseles —en ningún caso— los principios ni las reglas del Derecho Público. Este relato normativo reciente nos muestra claramente el conflicto casi permanente e irresoluble entre los subsistemas”*.⁹¹

Sin perjuicio de la singular configuración que se nos presenta , es indudable que los reglamentos nos brindan en ese ámbito, las herramientas institucionales necesarias para ejercer las atribuciones decisorias que se requieran, como también los límites del ámbito de actuación de las autoridades a fin de adoptar la solución que exija cada situación económica. Esto significa que cada acto estatal con repercusiones económicas se encuentra notoriamente juridizado, esto es, subordinado al respeto de un número de previsiones que impone el ordenamiento.

Coincidimos con la doctrina que nos ilustra, que *“tal multitud de normas, y muchos principios también a respetar, nos demuestran el interés y la importancia del derecho para la economía del sistema democrático. Las instituciones políticas y jurídicas son condiciones previas del sistema económico, dependiente de ellas. Todas las operaciones empresariales de cierta envergadura requieren un análisis del contexto jurídico, y ni la ejecución de la política económica ni las concretas intervenciones administrativas pueden llevarse a cabo prescindiendo del marco constitucional y de la distribución competencial entre las distintas autoridades políticas y administrativas”*.

Ahora bien, estamos ante un fenómeno descentralizador administrativo o no pertenece a la organización administrativa? Evidentemente pareciera que la autoridad estatal no defina la situación. *“Sólo demuestra querer someter a estos nuevos organismos a las*

⁹¹ BALBIN, Carlos *“Un Derecho Administrativo para la inclusión social”*. A&C , Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C, ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014 Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210 A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional. P. 33/59

reglas propias del derecho privado, pero pareciera no adoptar esa decisión de modo definitivo" nos enseña el autor, ya que no establece claramente una posición al respecto

Décadas atrás, sectores académicos en el derecho comparado comienzan a proponer, entre otros, el Modelo *New Public Management*, y que muchos ordenes democráticos fueron adoptando progresivamente, como complemento o alternativa a la burocracia, cuyo propósito es transformar el modelo burocrático, a través del espíritu emprendedor utilizando la estrategia del gobierno empresarial, lo que implica su actuación en 3 esferas interrelacionadas, siguiendo el modelo de modelo de Moore, desarrollado en su obra.⁹² *"Gestión estratégica y creación de valor en el sector público"*, Barcelona, Paidós, 1998.

. la gestión estratégica –producir ideas acerca de cómo la organización puede crear el máximo valor–,

. la gestión del entorno político (búsqueda de legitimidad, autorizaciones y apoyo) y

. la gestión operativa (actuar eficaz y en forma eficiente para lograr los objetivos y rendir cuentas de los resultados), que comprende principios de raíces no jurídicas que ha pasado a convertirse en principios específicos, esenciales y naturales de la actividad administrativa, que contribuye a la mejor calidad.

Planteados estos aspectos, es primordial la aplicación de técnicas que permitan lograr una serie de objetivos comprendidos en la dirección general de la organización administrativa –particularmente gerenciales– que son aquellas que consideran el factor organizacional en toda su dimensión, focalizando en la capacidad de adaptarse a los caracteres del entorno (perspectiva estratégica), y en garantizar tanto el óptimo desarrollo de las operaciones como el logro de las metas establecidas (perspectiva operativa). Más allá del encuadre orgánico-funcional que pretendiese otorgarse, todas las formas societarias con cometidos públicos, como cualquiera de los organismos estatales, deben bregar por el efectivo cumplimiento de los valores y principios del Estado constitucional y social de derecho. –sea cual fuese el grado de intensidad de los matices que presenten. En todos estos centros de decisión colaboran activamente economistas y juristas, manejando a la hora de adoptar sus políticas, argumentos jurídicos y económicos.

Por ello es lógico que se emplee el análisis económico del derecho como uno de los métodos de aproximación a estos tipos societarios. Sin dudas, la perspectiva económica, desde el punto de vista de la asignación eficiente de los recursos, puede enriquecer las decisiones jurídicas, tanto de contenido regulador como de aplicación de las normas. Por lo que ha ido en aumento el análisis en la doctrina acerca de la colaboración público-privado y como las formas privadas contribuyen a ello, siendo imprescindible para llevar a cabo numerosos proyectos económicos.

En este orden de cosas y por ser un elemento decisivo, merece una consideración la **planeación económica**⁹³ (83), como modalidad administrativa de intervención estatal en la actividad económica. Claro que se contemplan otras también (el fomento, la regulación económica ya la función de protección de las libertades económicas y del mercado), pero la función que asume, se desarrolla en nuestro país a partir del proceso

⁹² *"Gestión estratégica y creación de valor en el sector público"*, Barcelona, Paidós, 1998

⁹³ BUSTOS ROMERO, M. *"Aproximación a la estructura sistemática del derecho administrativo económico colombiano"*. Justicia Juris, 2016 12(1), 27-39

de descentralización administrativa y en la distribución de funciones entre el nivel central de la Administración y los órganos descentralizados, en las diferentes modalidades. Compartimos con el autor, que actúan en su conjunto, como agente moderador, con el fin de racionalizar y forjar el bien común, mediante unos instrumentos orientadores de la acción estatal en el plano económico, social, prestacional y cultural. Es **imperativa** cuando las leyes planes son de estricto cumplimiento cumpliendo conforme a fórmulas jurídicas en abstracto. Es **indicativa**, cuando se enmarca en leyes políticas globales o directrices. conforme a los cuales se hará efectiva, según el caso, la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo, y las modificaciones correspondientes.

En definitiva, la planificación económica efectiviza en los diferentes niveles del orden jurídico-territorial y funcional del estado, sus objetivos, medios y directrices para el ejercicio adecuado de los servicios a su cargo, atendiendo a la determinación de los recursos humanos, financieros y físicos para su concreción. Por ello, la cooperación entre agentes privados y poder público, se refleja también en la tercera característica de la administración económica, que es la sustitución de las decisiones unilaterales por fórmulas convencionales de intervención administrativa, que la doctrina denomina una “*administración concertada*”⁹⁴ (84).

Muchos de los objetivos que persigue la administración económica serían imposibles de alcanzar sólo con el acto, sin llegar a acuerdos, formalizados o informales, entre los sujetos privados y públicos que actúan en los sectores sobre los que se interviene. Sirve para facilitar las intervenciones del poder público en la economía, ofreciendo las herramientas que permiten condicionar el comportamiento de los operadores económicos, poderes exorbitantes en manos de la Administración que no deben pasar desapercibidos a la hora de analizar el funcionamiento del mercado (potestades administrativas como la reglamentaria, la sancionadora, la autorizante o la supervisora).

Por otro lado, el derecho administrativo establece una serie de garantías que deben ser útiles para evitar los excesos de la Administración, sus eventuales intervenciones desproporcionadas, las desviaciones de poder y arbitrariedades que pueden darse como consecuencia de las conexiones entre la autoridad política y el interés económico.

Por lo que jamás debemos perder de vista las directrices que conducen al derecho administrativo y que nos enseña Gordillo, básicamente: los criterios políticos que deben ser sus rectores, en lo que hace a la salvaguardia de la libertad individual, y al funcionamiento de los poderes del Estado, para tenerlos en cuenta como guía fundamental y las bases económicas como el instrumento de las mejoras sociales que el Estado debe emprender a través de la aplicación de las técnicas macroeconómicas modernas a través de la planificación, del desarrollo económico.

XV. En lo inmediato

Luego de considerar puntuales debilidades –muchas de las cuales configuran preocupantes situaciones de deficiencia en el funcionamiento de no pocas reparticiones- en los aspectos de su organización administrativa y de describir algunas

⁹⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo “*Derecho Administrativo Económico*”, Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales edición: 2018

experiencias interesantes, creemos que es útil señalar, en primer lugar, que los temas que han sido expuestos, si bien han sido objeto de estudio por la doctrina, pareciera que ello no fue suficiente para comenzar a registrar efectivos cambios en la aplicación práctica. Quizás haya contribuido a ello, la presunción orientada a que las facultades de derecho en Argentina, desde la reapertura democrática, sea en su organización curricular cuanto en la predisposición de sus actores, no ha afianzado adecuadamente la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, siendo ello de algún modo, una de las razones por las que no se haya avanzado suficientemente en el tratamiento de los fenómenos que nos preocupan, "como si sus temáticas no se relacionaran y como si una rama no necesitara de la otra para ser mejor estudiada, entendida y enseñada"⁹⁵.

Y en este punto "en cuanto a la conveniencia de estudiar el régimen jurídico de las diversas actividades de la Administración, consideramos que es indispensable hacerlo; más aún, creemos que si se omitiera, la exposición del Derecho Administrativo quedaría incompleta. Cualquiera sea la importancia de los principios y normas de Derecho positivo sobre la función y la organización administrativa en general, no tienen menos trascendencia los principios y normas que constituyen el régimen específico de las distintas actividades o tareas de la Administración, siempre que sean estudiadas sistemáticamente. Además, no es posible afirmar principios de carácter general sobre la función y la organización administrativa, si no se conoce a fondo el Derecho vigente que regula la actividad de la Administración y se toman en cuenta las soluciones consagradas por el Derecho positivo"⁹⁶ (86). En consecuencia, entendemos que es necesario, trabajar decididamente al respecto y desarrollar investigaciones que abarquen temas de relevancia que aún no han sido objeto de un estudio pormenorizado, sin dejar de tener en cuenta que el proceso descentralizador, representa una técnica alternativa que plantea la necesidad de una reformulación política al sistema democrático y una mayor participación ciudadana, en pos de un Estado más eficiente y una sociedad más participativa.

Todo es importante en la enseñanza del derecho: las cuestiones de fondo y de forma; los núcleos temáticos, el método y las técnicas de aprendizaje; los ejercicios prácticos y los planteos teóricos; las habilidades en la utilización de las herramientas jurídicas: la lógica, la redacción, la hermenéutica y la forma de interpretación; el planteo de distintos casos de problemas, así como el uso del método de casos, los que nunca dejan de ser significativos para el saber jurídico, y para fortalecer la faz práctica del profesional. Finalmente, no podemos obviar lo determinante que resulta la concepción del poder, ya que, sin dudas, dependerá del vagaje cultural/político del profesor en relación al ejercicio del poder, como será finalmente, el abordaje de la transmisión del conocimiento jurídico.

A escaso tiempo del inicio del nuevo milenio es indiscutible que la estatalidad debe asumir desafíos impostergables en relación a su organización administrativa que le toca pensar y estructurar, y entendemos que el aporte que las facultades de derecho puedan realizar desde la práctica docente de sus aulas, es indispensable para enseñar

⁹⁵ ROSATTI, Emilio "Derecho constitucional y Derecho Administrativo en el siglo XXI. "Ni unidos ni dominados", Estudios de Derecho Público, 1a. ed. - Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013

⁹⁶ SAYAGUES LASO, Enrique "Tratado de Derecho Administrativo" cit.. tomo III (a/c de Daniel Martins), p. 4 "Los cometidos estatales" cit., pág. 356 y ss

y concientizar sobre sus técnicas y procedimientos, con sujeción a las pautas y valores que informan el ordenamiento jurídico interno e internacional con plena vigencia en nuestro país.

Indudablemente, el derecho administrativo en el actual Estado constitucional y social de derecho, debe asumir su rol decisivo por la función social que cumple, a fin de proporcionar justas soluciones a las múltiples necesidades y escasos recursos que afronta la sociedad, a partir de un eficiente procedimiento administrativo de sus actuaciones y expedientes que progresivamente echará mano a la Gestión Documental Electrónica hasta alcanzar al universo de su Administración.

Orientados a inspirar con vocación, el diseño de su organización interna, a fin de que sus óptimos resultados impacten en la comunidad, los numerosos organismos deberían afianzar su deber de colaboración y coordinación en beneficio de los administrados, especialmente en un Estado como el nuestro, con la complejidad que presenta. El principio adquiere nuevos ribetes, pues es necesario que haya una coordinación efectiva en la utilización de medios electrónicos que garantice la interoperabilidad de los sistemas como vimos, lo que implica el reconocimiento de documentos electrónicos, así como los medios de identificación y autenticación. Lo contrario convertiría a los órganos en entes aislados incapaces de comunicarse de forma eficaz entre ellos; hecho que con seguridad, repercutiría en la calidad de la prestación del servicio.

Por cierto, la interoperabilidad es central en la gestión pública moderna, siendo la capacidad de los sistemas y máquinas para intercambiar, procesar e interpretar correctamente la información entre sus distintas reparticiones. Representa algo más que un mero reto técnico, ya que la manipulación de los datos comporta aspectos jurídicos, organizativos y semánticos tan decisivos en la vida de los entes públicos, por lo que significa una condición previa esencial para una prestación abierta y flexible de los servicios de administración electrónica y para hacer posible la colaboración entre ellos. Esto significa que, la innovación tecnológica, no sólo debe estar al servicio de las formalidades que exigen sus recaudos técnicos, sino también, del resguardo y ejercicio de los derechos fundamentales de los administrados que debe proteger.

De esta manera, los cambios que se verifican en la Administración a partir de los avances tecnológicos que progresivamente implementa, implican la transformación del procedimiento administrativo que debe responder a la nueva sociedad del conocimiento y la información. Estos elementos, que se están convirtiendo en el fundamento para los nuevos servicios a la comunidad, inexorablemente deben configurar la amplia red de organismos descentralizados, a fin de que, desde la especialidad que los caracteriza, satisfagan con mayor inmediatez y eficiencia los altos objetivos que encomiendan sus leyes y reglamentos.

Por cierto, en la celeridad de las innovaciones, crece enormemente el valor de la información, que provee la comunicación para perfeccionar el modelo de gestión de nuestra Administración; y en este contexto cumple un rol central la interoperabilidad como vimos y los principios reseñados que esperan su plena aplicación.

Es que hoy existe una creciente interdependencia entre la gestión documental electrónica y la práctica adecuada que de ella se realice. Pero para optimizar el uso de estas nuevas tecnologías, es necesario entender la necesidad de la capacitación e

información, ya que es la única forma para que aquella gestión llegue con fuerza expansiva a la comunidad para su efectivo uso y aplicación.

Es decir, por aquella función social que *ut supra* aludimos, la cantidad de recurso materiales, económicos y humanos - que se inviertan en este nuevo sistema- , no sólo deben orientarse a modernizar el aparato estatal que lo vuelva más eficaz e integrado en aras de su propia organización, sino que esencialmente trascienda y que efectivice la protección de los derechos fundamentales de la comunidad a quien debe garantizar los servicios que presta.

En síntesis, las nuevas perspectivas que se plantean en este ámbito, inscriptas en una nueva visión jurídica, en concordancia con el derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional, permiten la reflexión crítica y valorativa de la teoría del derecho administrativo en materia de organización administrativa, a partir de la actualización de la normativa del procedimiento, la verificación y análisis de las prácticas que produce -como también su reflexión-, desde una perspectiva axiológica y política, y proponiendo la corrección que progresivamente se logre a la luz de valores superiores tales como la justicia, equidad, libertad, verdad y otros que hemos abordado.

Por ello, urge **que la desconcentración funcional cumpla con los presupuestos básicos del Estado constitucional y social de derecho: imperio de la ley, división de poderes y el reconocimiento de las garantías y derechos fundamentales**, porque si bien el derecho administrativo estudia la organización del Estado como una estructura formal y burocrática, en realidad debe abordarse, en línea a lo hasta aquí expuesto, como herramienta que proteja los intereses y los derechos que gestiona, en el marco de la **solidaridad y la cooperación entre el estado y la sociedad**.

El primero de los valores, entendido no como el sentimiento altruista que de inmediato nos sugiere la expresión, sino como el vínculo colectivo propio de todo cuerpo político, traducido en la técnica necesaria para plasmar ese ideal materialmente inexistente pero latente contrato en la sociedad políticamente organizada, de esa comunidad de intereses que se renueva periódicamente, que está en la Constitución y en las leyes, y que debemos considerar, siendo el único capaz de transmutar la naturaleza de nuestra actividad. *“La solidaridad convierte la acción dispersa en acción colectiva, lo privado en público”*⁹⁷.

Estamos ante la solidaridad prestacional o igualitaria, propia de la organización administrativa que permita hacer accesible a todos los integrantes de la sociedad una serie de prestaciones que se consideran imprescindibles para su adecuado desarrollo, disponer de prestaciones de bienes o servicios⁹⁸.

Orientada hacia esa vocación ineludible, alerta a la doctrina de la emergencia -que se tornó de una permanencia indiscutida en las últimas décadas-, para que su valor se manifieste en todas y cada una de las actividades de la Administración.

Sin dudas este quehacer administrativo, que por cierto, cuenta con voluminosas partidas presupuestarias y tiene a su disposición una red de organismos de una

⁹⁷ REAL FERRER, Gabriel *“La solidaridad en El Derecho Administrativo”*, Revista de Administración Pública, N° 161 – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014

⁹⁸ MARTÍN MATEO, Ramón *“Manual de Derecho Administrativo”*, Trivium, Madrid, 20.ª ed., 1999, págs. 457 y ss

extraordinaria importancia, cada día más complejos, los debe conducir a la atención de las necesidades y prioridades que la sociedad fija a diario en su agenda, por lo que, insistimos, el derecho administrativo debe incansablemente trabajar para redefinir su función social, mediante organizaciones dotadas de potestades singulares y creadas con ese fin.

Dicho ello, veamos el valor de la cooperación, en el desenvolvimiento de la Administración al menos en dos planos: El derecho administrativo no es sólo derecho público, sino también, y en gran medida, derecho privado. Aquella, como sabemos, puede extender su mano al derecho privado para su organización y formas de actuación o intervención. Este tipo de relación parece necesaria para que la Administración pueda intervenir adecuadamente en los distintos ámbitos de cooperación entre el Estado y la sociedad. Ello significa, en consecuencia, que muchas cuestiones y conflictos que resultan relevantes para el derecho administrativo se regulan y resuelven también a través de las normas privadas de contratación y de organización bajo la influencia y los impulsos del sistema de colaboración público-privada,

Por cierto, a partir de las aristas megaestatales de nuestra realidad administrativa, si nos situamos en los diversos planos en los que de alguna manera está involucrada nuestra organización administrativa, podríamos decir que el sistema administrativo obedece a la construcción teórica, según la cual se ha de intervenir en el nivel nacional, o bien en el plano regional. En la práctica, sin embargo, las actividades administrativas sólo se pueden hacer realidad a través del trabajo en común, por medio de fórmulas cooperativas entre todas las administraciones implicadas (principio de cooperación o de colaboración). *“No hay un solo sector o ámbito del derecho de nuestra realidad regional con un mínimo de relevancia en el que las competencias administrativas puedan desplegarse por separado. El principio de cooperación lo impregna todo y puede articularse a través de múltiples formas de colaboración recíproca y de dirección conjunta dentro, por lo que la cooperación”*⁹⁹*puede asumir varias formas: informativa, procedimental e institucional.* La concepción administrativa del Mercosur se basa, por tanto, en dos principios constitutivos complementarios: la separación en sentido organizativo y la colaboración o cooperación desde una perspectiva funcional.

Por otro lado, en la práctica del procedimiento administrativo rige el principio de la oficialidad e instrucción, lo que impone a ella esta carga y, de tal modo, se concreta su función de cooperación hacia el administrado.

En definitiva, en la estrecha relación de ambos valores que concluyen en la realización del valor supremo de la justicia, reposa el desafío actual de la Administración. Por lo que la **cooperación**, es la faceta de la tendencia a la convivencia que se manifiesta esencialmente como inclinación a la **solidaridad**. ¿Qué significa esto? Significa que cooperar equivale a convivir o coexistir. Solo la voluntad estatal y la colaboración ciudadana lo harán posible.

⁹⁹ SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, *“Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”*, en Barnes, J. (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2012, 2ª edición

XIV. Bibliografía

XIV a) General

BREWER –CARIAS, Allan R. *“Derecho Administrativo”* editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia en enero de 2006 - Universidad Central de Venezuela

BIDART CAMPOS, Germán *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”* C. XXX, año 1995, Editorial Ediar p. 594

BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 4º edición, 1947, p. 51, Bs As, Editorial El Atene

CASSAGNE, Juan Carlos *“Derecho Administrativo”* 3º Edición actualizada 1991 Editorial Abeledo Perrot

DIEZ, Manuel María, *“Manual de Derecho Administrativo”*, Editorial DePalma, Buenos Aires, pág. 149 y ss.

FORSTHOFF, Ernst, *“Tratado de derecho administrativo”*, Madrid, 1958, p. 392.

GORDILLO, Agustín *“Tratado de Derecho Administrativo”*, 2013 Tomo 8 Capítulo I, p. 68 Fundación de Derecho Administrativo .

GORDILLO, Agustín (Ob. cit), 1998 Tomo I, Cap. I, p. 6, 5º edición Tomo I Parte Gral. Cap. XIV, p.5. Tomo I, Cap. I, p. 6

GORDILLO, Agustín (Ob.cit), 1998 ,5º edición Tomo I, Cap. I, p. 6

GORDILLO, Agustín (Ob cit) T.V, Cap. II, p. 2

GORDILLO, Agustín (Ob. Cit) T II, Cap. XI,I p.2

GORDILLO, Agustín (Ob. Cit) Capítulo XIV, p.5

MACHADO MUÑOZ, Santiago., *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general”*, Tomo X, La Administración del Estado, 2º edición.

MARIENHOFF, Miguel S *“Tratado de Derecho Administrativo”* T. I, Bs As, 2003, A. Perrot, p.. 55

MARTÍN MATEO, Ramón *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 20.ª ed., 1999, págs. 457 y ss

MARTINEZ, Gregorio Preces- Barba, *“Curso de derechos fundamentales”* teoría general, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado 1999, p. 327 ibiden, p.327-328

RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Derecho Administrativo Económico”*, Madrid, Barcelona, São Pablo, Buenos Aires, editorial Marcial Pons , Tema I 7º edición, 2015

SAYAGUES LASO, Enrique *“Tratado de Derecho Administrativo”* tomo III (a cargo de Daniel Hugo Martins), pág. 47 Y ss, 1998, 7º edición, FCU, Montevideo.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *“Derecho Administrativo”*, Tomo II, Buenos Aires Tipográfica, Editora Argentina, 1950 pág. 313).

WEBER, M.: *"Economía y sociedad"*, volumen I, Fondo de Cultura Económica, Segunda reimpresión en FCE-España, 2002

XIV b) Particular

ALESSANDRO, Martín, GILIO, Andrés *"Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en la Argentina (1983-2009)"*, publicado en la Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 48. (Oct. 2010). Caracas

ALVAREZ RICO, Manuel: *"Introducción al Estudio de la Estructura Orgánica de la Administración Pública en España"*. Estudios. 1976, ISSN 0012-449, págs. 135-154

BALBIN, Carlos *"Un Derecho Administrativo para la inclusión social"*. A&C , Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C, ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014 Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210 A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional. P. 33/59

BIANCHI, Alberto B. *"La regulación económica"* Tomo. I. Editorial Abaco Buenos Aires 2001 p. 260

BIDART CAMPOS, Germán *"El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa"*, Editorial Ediar, 1995

BUSTOS ROMERO, M. *"Aproximación a la estructura sistemática del derecho administrativo económico colombiano"*. Justicia Juris, 2016.

CASSAGNE, Juan Carlos, *"La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA"*(26) y *"Derecho Administrativo I"* 3ª Edición actualizada 1991 Editorial Abeledo Perrot

CIANCIARDO, Juan en su obra *"La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del Derecho. Una aproximación desde el pensamiento de i)*

DELPIAZZO, Carlos , *"Acerca de la docencia en Derecho Administrativo"*. Revista De La Facultad De Derecho, (2014)47-58. Recuperado a partir de: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/12>, con cita de SAYAGUES LASO, Enrique, ob, cit.

DIEGUEZ, Gonzalo, ZUVANIC Laura, VALSANGIACOMO Agustina *"GPS del Estado. Cuánto y cómo cambió el Sector Público Nacional"*, CIPPEC, , Centro de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento

FERRO LLARDO, Susana B *"Estudios latinoamericanos. Palabras claves para la región, Buenos Aires"*, Dunken, 2008, p. 249 Premisas básicas para la gestión de los asuntos públicos en el siglo XXI que no pueden estar ausentes en una buena gobernanza

FRIAS, Pedro J. *"La descentralización"* El Derecho T.1995-E p. 961

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo *"Transferencia y Descentralización; Delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda"* (Revista de Administración Pública, N. 122, mayo- agosto 1990, pp. 56-57

GARCIA MARTINEZ, Eloy *"La Desconcentración de Funciones y los recursos administrativos ordinarios"* - Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 45, 1964 , ps. 245/252

GARCIA PULLES, Fernando *"Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración"*, EDA, 2007-623, Publicado en 2007

GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio *"Principios Jurídicos de la Organización Administrativa"* Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957 p.220 principales aspectos, en IEDA,

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *"Manual de Procedimiento Administrativo"*, (Editorial Civitas) 2ª Ed., 2002, p. 76.

GORDILLO, Agustín . *"La Administración paralela"*. 2001 Madrid, Cuadernos Civitas. p 54

HUTCHINSON, Tomás, *"Régimen de Procedimientos Administrativos"*, Ley N° 19.549 revisado, ordenado, y comentado, 9ª edición, 2013, Edición Astrea, Buenos Aires, pág. 90 y subsiguientes.

IVANEGA, Miriam *"La participación y el control ciudadano en los procesos de formación y ejecución contractual"*, en AA VV, *Cuestiones de Contratos Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap., mayo 2007.

LOPEZ, Andrea *"La nueva gestión pública. Algunas precisiones para su abordaje institucional"*. INAP, Dirección de Estudios e Información. Serie I: Desarrollo Institucional y Reforma del Estado Documento N° 68.

LLAMBIAS Jorge Joaquín y ALTERINI Atilio A., Código Civil Anotado, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998 (reimpresión) p. 153.

MENDEZ, Liliana en *"La Comisión Evaluadora de Ofertas y su Tratamiento en la Normativa Contractual en el Sector Público Nacional "*, publicado en la *"Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado"* de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 2, 2018.

NIETO, Alejandro *"Crítica de la razón jurídica"* , 2007p. 131 Editorial Trotta

NIETO, Alejandro *"Derecho Administrativo Sancionador"*, Editorial Tecnos, Octubre 2005, 4ª Edición p. 168.

NINO, Carlos Santiago: *" Etica y Derechos Humanos"*, Paidós 1984

OLIVERO, Eduardo Raúl *"Los Principios del Derecho Público Argentino: la armónica recepción de la legalidad supranacional y sus implicancias para el interés público"* (publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica N° 1, 2012

PARADA VAZQUEZ, Ramón *"Derecho Administrativo"* T I 3º ed.rev. 1999

PAREJO ALFONSO, Luciano *“El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”* Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N°153, 2000, págs. 217-25.

PEREZ HUALDE, Alejandro en *“Descentralización administrativa y descentralización constitucional”* - Jurisprudencia Argentina 2005-II Fascículo N° 2, p. 5

RAMIREZ BROUCHOULD, María Fernanda *“Las reformas del Estado y la administración pública en América Latina y los intentos de aplicación del New Public Management.”*

REAL FERRER, Gabriel *“La solidaridad en El Derecho Administrativo”*, Revista de Administración Pública, N° 161 – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014

REIRIZ, María Graciela *“Programación Científica 1995-97 Informe Final” “La descentralización Administrativa Funcional o por Servicios y la Reforma del Estado”. (Argentina 1989/1996), financiado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica*

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Los principios del Derecho Global de la contratación pública”* (Revista de Derecho-UCU, 13 (julio 2016), pp. 189-217.

ROSATTI, Emilio *“Derecho constitucional y Derecho Administrativo en el siglo XXII. Ni unidos ni dominados”*, Estudios de Derecho Público, 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013

SAENZ, Jorge *“Procedimiento Administrativo”. Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo.* Capítulo VIII, Tomo I; *“Principios Generales del Procedimiento Administrativo”*, año 2012, Ed. La Ley, ps.. 325/367.

SAYAGUES LASO, Enrique *“Los cometidos estatales”* cit., pág. 356 y ss.; *“Tratado de Derecho Administrativo”* cit.. tomo III (a/c de Daniel Martins), p. 47.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, *“Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”*, en Barnes, J. (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2012, 2ª edición

SPESSOT, Alejandro, TABARES, Federico *“La función social de la Gestión Documental Electrónica en el procedimiento administrativo actual. La experiencia argentina”*, publicado en El Dial, 14/05/2019

URTUBEY, Santiago y SA ZEICHEN, Gustavo, *“La Comisión Evaluadora de Ofertas. Un Organismo Sui Generis en el Procedimiento de adquisiciones”*

XIV c) Dictámenes

(1a) Procuración del Tesoro de la Nación, dictámenes 236:354, 16/02/01 Expediente: 444/01

(1b) Procuración del Tesoro de la Nación, dictámenes 235:446, 15/11/00 Expediente: 57745/97

(1c) Procuración del Tesoro de la Nación, dictámenes 309:169. Expediente. IF 2019 – 49772188, 28/05/19

(1d) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen N.º 43/14, (Dictámenes 289:43, 23 de abril de 2014, Expte. PTN N.º S04:0017012/14. Comisión Nacional de Valores

(1e) Procuración del Tesoro de la Nación, dictámenes 233:148, Expte. N.º 1800/00. Ministerio de Educación; 25 de abril de 2000