

año 2023



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



AÑO II
EDICIÓN N°3
DICIEMBRE 2023
EJEMPLAR VIRTUAL GRATUITO

📍 Casa de Gobierno - Belgrano N°878 - 2do Piso - Formosa 📞 0370 4420431
🌐 <https://www.formosa.gob.ar/legalytecnic>
✉ secretarialegalytecnic@formosa.gob.ar 📘 Slyt Formosa 📷 slyt_formosa
📺 Ecaef Formosa 📧 ecae.slyt@gmail.com

ÍNDICE

<i>EDITORIAL</i>	<i>Pág. 04</i>
<i>RESEÑA. 10 AÑOS DE LA SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA</i>	<i>Pág. 05</i>
<i>ARTÍCULOS:</i>	
1. ENRIQUE JAVIER MORALES PROGRAMA GENERAL DE GOBIERNO Y PLAN DE INVERSIONES PÚBLICAS DEL GOBIERNO NACIONAL EN EL ESTADO FEDERAL	<i>Pág. 06 - 14</i>
2. ANALIA CECILIA CORONEL AUTONOMÍA Y CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN EL CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO	<i>Pág. 15 - 23</i>
3. MARIA ALEJANDRA DE MADARIAGA REFLEXIONES SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	<i>Pág. 24 - 30</i>
4. OPERATIVO SOLIDARIO "POR NUESTRA GENTE TODO"	<i>Pág. 31</i>

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA
AUTORIDADES

Secretaria Legal y Técnica
Grissel Mabel Insfrán

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

Directora de Biblioteca, Jurisprudencia e informática
Andrea Silvina Villalba

Directora de Asesoramiento de Personal
María Alejandra De Madariaga

Director de Análisis Legal y Administrativo
Juan Carlos Saldarini

Director de Asesoramiento de Licitaciones y Contrataciones
Adrián Andrés Areco

Directora de Sumarios
Andrea Daniela Ayala

Directora de Administración
Nancy Verónica Espinoza



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

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

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

Analia Cecilia Coronel
Directora de la Escuela del
Cuerpo de Asesores del Estado



SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

PRESENTACIÓN DE LA OBRA



Grissel Mabel Insfrán
SECRETARIA LEGAL Y TECNICA



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

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

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

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

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

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

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

PROGRAMA GENERAL DE GOBIERNO Y PLAN DE INVERSIONES PÚBLICAS DEL GOBIERNO NACIONAL EN EL ESTADO FEDERAL

Jerarquía y estatuto constitucional.

ENRIQUE JAVIER MORALES*

Resumen: La reforma constitucional de 1994 adicionó dos figuras o institutos novedosos: el «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas». Este trabajo concluye que nuestro sistema constitucional prescribe la obligación del Congreso de fijar anualmente el «presupuesto general de gastos» y el «cálculo de recursos» de la «administración nacional» debiendo asignar recursos proporcionales y suficientes para financiar el «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» del gobierno nacional en todo el territorio nacional, con sujeción a la normativa constitucional y legal aplicable, configurando así un mecanismo estructural periódico de defensa, realización y tutela de los fines de la Constitución.

1. Introducción.

La reforma constitucional de 1994 ha introducido ciertas modificaciones de relevancia aún no suficientemente analizadas. El problema planteado se puede expresar concisamente mediante tres interrogantes que guiarán el curso de la exposición: (i) ¿existe una regulación constitucional del “programa general de gobierno” y del “plan de inversiones públicas”; (ii) en caso afirmativo: ¿cómo se vincula con la formulación del presupuesto de la administración nacional en todo el territorio nacional?; (iii) por último: ¿cómo se relaciona todo ello con la forma de Estado federal?

De acuerdo con una concepción del «sistema constitucional» como «artefacto técnico» u «objeto funcional», el legislador constituyente efectuó el diseño interno de las funciones y la estructura del ente constitucional, con determinados propósitos y con determinados medios (teleología constitucional). Este vínculo expone la racionalidad del sistema normativo constitucional, apreciado primero en su «diseño interno» y luego en su «desempeño externo». La «función» (interna y externa) se apoya y se sirve de una «estructura». En este sentido: ¿Cuál es el propósito, fin o razón de la regulación constitucional de un “programa general de gobierno” y de un “plan de inversiones públicas”?

2. Constituir la unión nacional y promover el bienestar general: directivas básicas del Preámbulo.

En primer lugar, es necesario enfocar el tema del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» desde el punto de vista de los fundamentos vertebradores de la Constitución Federal Argentina.

El Preámbulo de nuestra Constitución contiene breves enunciados del constituyente expresivos de declaraciones, propósitos y principios que componen como «parte» el sistema

*ENRIQUE JAVIER MORALES. Abogado (UNNE, 1997). Escribano (UNNE, 2009). Doctor en Derecho (UBA, 2019). Máster en Argumentación Jurídica (Universidad de León-España, 2021). Especialista en Finanzas y Derecho Tributario (Universidad de Belgrano, 2000). Especialista en Derecho Comercial Área Derecho Bancario (Universidad Nacional del Litoral, 2004). Especialista en Tributación (UNNE, 2004). Docente del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2019-2023).

constitucional y, como tales, adquieren «juridicidad». En este sentido, los enunciados del Preámbulo resumen, condensan y conjugan «la totalidad del pensamiento del poder constituyente ejercido en representación de la ciudadanía» o la «ideación pregonada por la Ley fundamental». Este auténtico encabezamiento constitucional intenta «anticipar el contenido y el poder prescriptivo del Derecho constituyente del Estado», que iluminan con su lectura el sendero del conjunto de disposiciones constitucionales. Es decir, permite establecer la base para la interpretación del sistema constitucional y su recta realización.

Nuestro Preámbulo anuncia con firmeza que el pacto constitucional ha sido decretado y establecido por «los representantes del Pueblo de la Nación Argentina» (soberanía popular, núcleo de la democracia con intermediación representativa), «por voluntad y elección de las provincias preexistentes que la componen» (origen y forma de Estado federal), con el objeto de lograr una serie de fines supremos tales como la «unión nacional» y la «defensa común» (soberanía política e independencia nacional, que incluye la independencia económica), la «justicia» y el «bienestar general» (justicia social, igualdad, solidaridad y principios del constitucionalismo social o Estado Social) y la «libertad» (república y principios del constitucionalismo liberal o Estado liberal). La procuración de tales fines, con cierto grado de eficacia, cuyo destinatario son las personas que habiten o que deseen habitar cualquier punto del suelo argentino (equidad territorial y social), permitirá alcanzar la «paz interior» o convivencia pacífica en el seno de la asociación política estatal constitucionalizada.

En una concepción armónica de desarrollo progresivo del proyecto constitucional, desde 1853 el Preámbulo contuvo simultáneamente los propósitos de «promover el bienestar general» y de «asegurar los beneficios de la libertad». Sin libertad no podría haber bienestar general. Sin bienestar general no podría existir la libertad. Ahora bien, la libertad constitucional no es solamente la libertad del individuo en un sentido negativo de «no interferencia» sino también la libertad de realización de los planes de vida en la sociedad, lo cual requiere una igualdad de acceso y de goce a los «bienes constitucionales» y «derechos fundamentales», de modo que sea posible el ejercicio de la libertad. No podría haber libertad sin condiciones básicas de igualdad en las condiciones de la coexistencia humana.

El Preámbulo de nuestra Constitución prescribe «seis directivas» para la «construcción y el desarrollo de toda comunidad organizada y abierta de ciudadanos».²

Tales directivas, especialmente las que ordenan «constituir la unión nacional», «afianzar la justicia» y «promover el bienestar general» deben guiar la concepción, la interpretación y la recta realización del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» del gobierno central en todo el territorio nacional, cuyo estatuto será descrito más adelante.

El Preámbulo alumbra con formidable elocuencia la comprensión cabal del «concepto», de la «función sistémica» y de los «mecanismos de acción» del gran «artefacto constitucional» en todo el territorio nacional, en ciclos constitucionales temporales de ejercicio del poder. Precisamente, el «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» forman

¹ FERREYRA, Raúl Gustavo: *Bosquejo sobre la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2022, pp. 106-112. Enseña que, en la Argentina, la CSJN ha reconocido desde 1974 el carácter normativo del Preámbulo in re Miguel A. Bercaitz, Fallos, 289:430, suscrito por Arturo E. Sampay.

² FERREYRA: *Bosquejo...*, ob. cit., p. 110.

parte de los «mecanismos» de realización, de ejecución y cumplimiento de la «función sistémica» de la Constitución en todo el territorio nacional.

La regulación constitucional del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» se justifica en las directivas constitucionales de «constituir la unión nacional» y de «promover el bienestar general» en la «democracia constitucional» del «Estado Federal», mediante la acción instrumental del gobierno central frente a todas las personas en todo el territorio nacional en ciclos temporales delimitados. Esto implica una concepción constitucional de la actividad financiera del Estado. Representa una cláusula central de la «constitución financiera del Estado» que toda Constitución moderna incluye, expresa o implícitamente.³

Ahora bien: ¿qué es la democracia constitucional? Cabe destacar que modernamente se entiende que la «democracia constitucional» (basada en el sistema constitucional) es un paradigma complejo que incluye dos dimensiones. En primer término, la «dimensión formal o política» consiste en una definición procedimental como un «método de formación de las decisiones colectivas», las formas y procedimientos para «asumir decisiones», el «quién» (el pueblo o sus representantes) y el «cómo» (regla de la mayoría, sufragio universal, etc.), independientemente de sus contenidos. En segundo término, la dimensión «sustancial» es relativa al «contenido de las decisiones». Tiene que ver con la estructura y el contenido de los «bienes constitucionales» y de los «derechos fundamentales», que son límites positivos y negativos del poder del Estado, pero también al poder del mercado. No admite poderes absolutos. El poder del Estado, de las mayorías o de los mercados es un poder jurídicamente limitado respecto de las formas y los contenidos de su ejercicio. Está limitado por las normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales, valladares de la democracia política. Los contenidos y límites sustanciales, en su faz negativa y positiva, sirven de garantía a las formas y al método democrático en sí mismo.⁴

Por todo lo expuesto se comprende la íntima conexión y la enorme gravitación del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» del gobierno central en todo el territorio nacional, a los fines de «promover el bienestar general» en la «democracia constitucional sustancial» de nuestro «Estado Federal». Es un mecanismo constitucional obligatorio de organización y canalización del «poder constitucionalizado del Estado» mediante el ejercicio de las «competencias, servicios y funciones» de la administración nacional en el todo el territorio federal, que producirá efectos (por acción u omisión) en la esfera de bienes y derechos fundamentales de las personas (deber de respeto, protección y promoción estatal).

El «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» son medios de realización de los fines constitucionales en la realidad. Constituyen herramientas e instrumentos de realización de la «democracia sustancial», vinculado con el ejercicio del poder estatal para promover el acceso real e igualitario a un conjunto de bienes constitucionales y derechos

³ CORTI, Horacio Guillermo: *Derecho Constitucional Presupuestario*, 2ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, pp. 1-8.

⁴ FERRAJOLI: *Democracia...*, pp. 77-81, 86 y 88. El aspecto procedimental requiere integrarse con un vínculo sustancial o de contenido. La dimensión formal es una *conditio sine qua non* —en cuya ausencia no hay democracia—, pero no es una condición suficiente ni en el plano empírico ni en el teórico.

fundamentales. Esto es, la inclusión social y la construcción de ciudadanía real.

El «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» son mecanismos propios de nuestro «tipo» o «modelo» de Estado Constitucional Democrático.

3. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias: directivas básicas de la «Cláusula del Progreso».

Juan Bautista Alberdi, arquitecto principal de nuestra constitucionalidad, concibió con originalidad la relevante «cláusula del progreso» en el art. 67 inciso 3 de su anteproyecto constitucional, que con mínimas modificaciones se consagró en el art. 64 inciso 16 de la Constitución de 1853. Es una de las invenciones más representativas del ideario de Alberdi. Es así que el constituyente de 1853 estableció que corresponde al Congreso de la Nación:

“Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

La «cláusula del progreso» subsistió incólume todas las reformas constitucionales de la Argentina. Con idéntico texto, se encuentra regulada en el art. 75 inciso 18 de la Constitución vigente. No obstante, el mantenimiento del texto, su fuerza normativa se ha visto enriquecida por su articulación sistemática y finalista con una multiplicidad de normas novedosas introducidas en la reforma de 1994.

La «cláusula del progreso» se yergue como una de las normas más importantes a lo largo de la historia constitucional argentina, que contribuyó decisivamente a la grandeza de nuestro país. Argentina fue precursora, por vía de la normatividad constitucional, de la inversión pública como motor de su crecimiento y su desarrollo en los más variados ámbitos. Esta norma es una base fundamental del rol activo que, ya desde 1853, el diseñador constituyente otorgó al Estado federal para la consecución del progreso de la Nación Argentina. Una misión indelegable dentro de la responsabilidad constitucional del Estado. Un tipo o modelo de Estado constitucional, sujeto a cláusulas superiores como fundamento y vía del ejercicio del poder público.

La «cláusula del progreso», desde antaño paradigmática norma constitutiva propia de nuestro tipo o modelo de Estado Constitucional, constituye uno de los más sólidos fundamentos de la concepción y la acción del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas». El amplio contenido propositivo de la «cláusula del progreso» se debe canalizar de modo principal a través de la elaboración democrática cíclica del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» del gobierno central en todo el territorio nacional.

Por todo lo expuesto, se comprende la íntima conexión del «programa general de go-

bierno» y del «plan de inversiones públicas» con la histórica cláusula de nuestro sistema constitucional. Sin «programa general de gobierno» y sin «plan de inversiones públicas», no podría el Estado (a través de la acción legislativa, co-legislativa y/o ejecutiva) proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y los demás fines plasmados en la Constitución.

4. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social: directivas básicas de la nueva «Cláusula del Progreso».

La reforma constitucional de 1994 formuló en el art. 75 inciso 19 una importantísima adición al texto constitucional, que configura una especie de actualización, ampliación y profundización de los contenidos de la «cláusula del progreso original». Se establece una complementación de sus contenidos. Por su enorme relevancia, vale la pena su integral lectura, correspondiendo al Congreso de la Nación:

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

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

Este nuevo art. 75 inciso 19 de la Constitución Argentina reforzó los fundamentos constitucionales vinculantes para la elaboración y la acción del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas». Asimismo, su fecundo contenido propositivo se debe canalizar de modo principal a través de la elaboración democrática cíclica del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» del gobierno central en todo el territorio nacional. El «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» permiten al gobierno democrático proveer lo conducente a la realización de este mandato constitucional.

5. Legislar y adoptar medidas de acción positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el sistema constitucional

Semejantes consideraciones pueden efectuarse con relación a la incidencia que el nuevo art. 75 inc. 23 proyecta sobre el «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» del gobierno central en todo el territorio nacional, en cuanto estableció que corresponde al Congreso de la Nación:

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

6. El «presupuesto constitucional» del Estado Constitucional Democrático en el orden federal: «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas»

La reforma constitucional de 1994 efectuó modificaciones de importancia en materia del presupuesto de la administración nacional. A pesar de ello, se continúa aplicando una ley de 1992 para la formulación del proyecto de ley de presupuesto. La Ley 24.156 no se adecúa a las nuevas pautas constitucionales. Existe una mora legislativa manifiesta. Se verifican lagunas y antinomias legislativas. Es preciso abandonar una visión reductora del concepto y la función del «presupuesto» en el sistema constitucional. Subsiste una concepción como «acto», «documento», «cuadro» o «balance» dentro de un contexto económico-financiero, según la coyuntura de las variables macroeconómicas entremezcladas con las disputas partidarias. Desde la perspectiva jurídica, persiste un reduccionismo legalista: su concepción como «ley». Es necesario avanzar hacia un concepto constitucional de presupuesto: el «subsistema constitucional presupuestario» del Estado Constitucional de Derecho, como mecanismo de defensa, realización y garantía de la constitución en ciclos temporales anuales.

En esta dirección, la reforma de 1994 en el nuevo art. 75 inc. 8 introdujo los institutos o figuras del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas» base del presupuesto. Ello implica una importante «definición constitucional»: establece una relación entre la importante ley de presupuesto con «la planificación». Tal sería el sentido de las palabras «programa» y «plan»: la planificación. Ambos deben existir «como base», tanto para los gastos como para los recursos públicos.⁵

Se vincula con la planificación democrática.⁶

Primero, el nuevo art. art. 100 inc. 6 confirió expresamente al Poder Ejecutivo Nacional la atribución exclusiva y excluyente de confeccionar y «aprobar el proyecto» de ley de presupuesto que será presentado al Congreso de la Nación para su tratamiento legislativo.

El P.E.N. tiene la obligación constitucional de confeccionar y aprobar el «proyecto de ley de presupuesto», que debe contener la expresión de un «programa general de gobierno» y de un «plan de inversiones públicas», con sujeción a las normas constitucionales y legales aplicables. El proyecto de programa y de plan deben tener conformidad con la Constitución. Resultan de aplicación las normas constitucionales reseñadas ut-supra y los demás vínculos sustanciales o de contenido para la elaboración del proyecto y la posterior sanción de la Ley de Presupuesto.⁷

El «programa» y el «plan» se deben expresar en cada una de las disposiciones proyectadas de la futura ley de presupuesto de la «administración nacional». Es decir, que se establece la obligación constitucional del poder ejecutivo de elaborar y proyectar anualmente un «programa general de gobierno» y un «plan de inversiones públicas», para todas las «competencias, servicios y funciones» de la «administración nacional» en todo el «territorio federal» en el

⁵ HERNÁNDEZ, Antonio M.: «La descentralización del poder en el Estado: El federalismo, “Nación” y provincias», en ALBANESE, Susana; DALLA VÍA, Alberto Ricardo; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio M. y SABSAY, Daniel: *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 714.

⁶ A tal fin, por ejemplo, puede consultarse: MANNHEIM, Karl: *Libertad, poder y planificación democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1960. A mediados del siglo XX cobró cierto auge el debate en torno de la denominada planificación democrática.

⁷ MORALES, Enrique Javier: *Presupuesto de Gastos y Recursos*, Buenos Aires, Ediar, 2019, pp. 347-368.

siguiente ciclo anual.

Segundo, **el nuevo art. 75 inciso 8 estableció la obligación del Congreso de la Nación de fijar anualmente el presupuesto general de gastos y el cálculo de recursos de la administración nacional para financiar el «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» del gobierno federal en todo el territorio nacional.** El primer deber consiste en la asignación de recursos públicos (cálculo de recursos) proporcionales y suficientes (presupuesto general de gastos públicos) para el cumplimiento de la responsabilidad constitucional del Estado y de la competencia jurídica de los entes de la administración nacional. Es decisivo señalar que la sanción de la ley de presupuesto debe respetar y aplicar las normas constitucionales reseñadas ut-supra, así como todas las normas constitucionales sobre el contenido de la futura ley de presupuesto.

El «proyecto de ley» presentado por el Poder Ejecutivo, expresivo de un proyecto de «programa general de gobierno» y de un proyecto de «plan de inversiones públicas», constituye la base principal para la sanción legislativa pero no anula la atribución constitucional principal en cabeza del Congreso de la Nación para la «fijación legislativa» del presupuesto. El Congreso conserva su margen de opciones constitucionales de elección y ponderación legislativa dentro de sus competencias constitucionales.

Debe destacarse que (en virtud de la remisión del art. 75 inc. 8), el artículo 75 inc. 2 párr. 3 establece las dos «pautas básicas» para la fijación anual de la norma legal de presupuesto. Si bien el «destinatario normativo principal» es el legislador, deberán ser aplicadas también por el Ejecutivo al momento de confeccionar y aprobar el «proyecto de ley», debiendo ambos órganos tomarlas efectivamente en cuenta en el momento de gestación o elaboración del «programa general de gobierno» y del «plan de inversiones públicas».

En tal orden de consideraciones, la Constitución establece que la fijación anual del presupuesto de la administración nacional deberá ser: a) «en relación directa a las competencias, servicios y funciones» de la «administración nacional» en todo el territorio nacional, contemplando un «criterio objetivo» de fijación; b) «equitativa, solidaria y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional».

Se trata de pautas complementarias para la conformación y distribución de los gastos públicos para todas y cada una de las «competencias, servicios y funciones» de la «administración nacional», sobre todas las personas, en todo el territorio nacional, en todo el ciclo anual siguiente. Establece dos criterios complementarios de «distribución de la destinación» del «gasto público federal», en relación a todo el territorio federal, con relación a todas las personas y con relación a un plexo de deberes estatales y de derechos fundamentales. En rigor el constituyente diseñó dos pautas complementarias de conformación y distribución del ejercicio del poder constitucionalizado del Estado federal en todo el territorio nacional. Es un criterio de distribución federal, por ciclos anuales, que tendrá incidencia sobre todas las personas y en todo el territorio. Configuran directrices y «efectivas líneas de acción» para diagramar el ejercicio

¹ MORALES, Enrique Javier: *Presupuesto de Gastos y Recursos*, Buenos Aires, Ediar, 2019, pp. 347-368.

del poder estatal.

Finalmente, la ley de presupuesto dictada (sancionada, promulgada y publicada) contendrá y expresará normativamente, pues, el auténtico «programa general de gobierno» y «plan de inversiones públicas», merced a la participación diferenciada del órgano ejecutivo y del órgano legislativo; debiendo, en todo caso, ser dictada con sujeción a las pautas constitucionales.

7. Palabras finales

El «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» del gobierno nacional en el Estado Federal asumen un «estatuto jurídico de jerarquía constitucional». Dicho «Estatuto» se vincula primariamente con el presupuesto anual de la «administración nacional para el ejercicio de sus «competencias, servicios y funciones» en todo el territorio nacional, con sujeción a las normas constitucionales y legales que rigen su producción. Como tal, el «programa» y el «plan» están íntimamente relacionados con la articulación de la forma de estado federal, con el pleno goce de los derechos en el orden federal. Son mecanismos básicos obligatorios de la Constitución, para todos los poderes públicos. Mal podrían suprimirse, prescindirse, disminuirse o llevarse a cero, sin incurrir en actos, acciones o estados de cosas dotados del vicio de inconstitucionalidad. Además, en dichos casos, se afectarían negativamente los propios fundamentos del sistema constitucional y el delicado cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, la cuestión va mucho más allá.

Resulta imposible soslayar que de acuerdo al artículo XII de la Declaración Francesa el poder del Estado es una fuerza pública que se instituye para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano, en beneficio de la comunidad. A su turno, el artículo XVI declaró que toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos carece de Constitución. La palabra «garantía» se utiliza en su acepción de «protección eficaz, que nace de la sociedad y que se lleva adelante por el Estado y sus órganos».⁸

El «poder constitucionalizado del Estado» se ejerce «hacia afuera de la organización» y produce efectos sobre la «esfera de derechos fundamentales de los ciudadanos», que abarca un conjunto de bienes constitucionales y de derechos fundamentales. Dentro del «sistema constitucional», la constitucionalización de esa fuerza o capacidad estatal idónea para producir determinados efectos sobre las personas en todo el territorio nacional o para impedir la producción de otros efectos por otros entes o personas, constituye un poder impulsor de la defensa y la realización de la Constitución.

De allí deviene la enorme trascendencia constitucional del «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» del gobierno nacional en el Estado Federal. Su importancia se apoya, pero excede con creces, lo estrictamente financiero. Es que la sanción anual de la ley de presupuesto de la administración nacional, asignando recursos proporcionales y suficientes para el citado «programa general de gobierno» y el «plan de inversiones públicas» del gobierno nacional en el Estado Federal constituye una garantía constitucional estructural y pe-

⁸ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: Los derechos del hombre en la revolución francesa, Universidad Nacional Autónoma de México, Ediciones de la Facultad de Derecho, 1956, pp. 67-68.

riódica de racionalidad, equilibrio y eficacia del poder constitucionalizado del Estado Nacional en todo el territorio nacional. Una garantía constitucional estructural, ex ante y periódica de un derecho fundamental al buen gobierno, cuyo reconocimiento normativo positivo se afina en el art. 75 inciso 8 de la Constitución Argentina.⁹

Tal es la trascendental investidura constitucional del «programa general de gobierno» y «plan de inversiones públicas» del gobierno nacional en el Estado Federal.

⁹ MORALES, Enrique Javier: *Presupuesto de Gastos y Recursos*, Buenos Aires, Ediar, 2019, pp. 451-505.

AUTONOMÍA Y CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN EL CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO

ANALÍA CECILIA CORONEL*

I.- INTRODUCCIÓN

El tema basal del presente trabajo es la autonomía y capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes en el cuidado de su propio cuerpo.

En ese cometido, se aborda, en primer lugar, el derecho a la salud, en el Derecho Internacional de los DDHH, en el Derecho Constitucional Nacional y, finalmente, en el Derecho Infraconstitucional Argentino.

Llegados a ese punto, se analizan, las normas relativas a la capacidad progresiva de las personas menores de edad, existentes en el derecho argentino, en relación a las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Puntualmente, la ley N° 26.743 de Identidad de Género y las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Frente a la contradicción normativa de ambos cuerpos legales, se propone que la búsqueda de la solución para tal antinomia sea efectuada a la luz de una mirada holística, que se integre con principios, y con la normativa constitucional y Convencional de los Derechos Humanos.

El presente trabajo pretende ser un aporte positivo al reconocimiento de la individualidad de los menores y la aplicación efectiva de las normas legales, constitucionales e internacionales para esta cuestión, que, en la actualidad, aún encuentra resistencia en la praxis, tanto por parte de los profesionales de la salud, como de los profesionales del Derecho.

II.- MARCO NORMATIVO

A.- Derecho de la Salud

El derecho a la salud en el Derecho Internacional de los DDHH.

La primera recepción del derecho a la salud en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tuvo lugar a través de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. La Declaración, en el artículo 25, 1º párrafo, afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, (ratificado por nuestro país) contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los

* ANALÍA CECILIA CORONEL. Directora de la Escuela de Capacitación del Cuerpo de Asesores del Estado - Secretaría Legal y Técnica de la Provincia de Formosa. Abogada (UNNE, 2007). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional del Litoral. 2011). Especialista en Teoría y Técnica del Proceso Judicial (Universidad Nacional del Nordeste. 2019). Especialista en Derecho Laboral (UNNE. 2021). Especializando en Derecho de la Salud (Universidad Gran Rosario). Carrera de Profesorado Universitario en curso (UGR).

derechos humanos sobre el derecho a la salud.

En virtud del párrafo 1º del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", mientras que en el párrafo 2º del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas "medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho".

De igual modo, el derecho a la salud se reconoce, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5º de la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1º del artículo 11 y el artículo 12 de la **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**, de 1979; igualmente, en el artículo 25 de la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, de 2006; así como en el artículo 24 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, de 1989. Se reconoce el derecho a la salud, también, en el artículo 10 del **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** de 1988.

El derecho a la salud en el derecho constitucional argentino

A partir de la reforma constitucional de 1994, encontramos una doble protección de los derechos relacionados con la salud: implícita y explícita.

Además de emanar como un derecho implícito conforme la cláusula constitucional contenida en el artículo 33, a través de la reforma también se incorporaron, por un lado, ciertos preceptos que tienen en cuenta al derecho a la salud y a la protección de usuarios de servicios de salud y, por otra parte, otorgó jerarquía constitucional a diversas normas del derecho internacional que reconocen manifiestamente (reconocimiento explícito) el derecho a la salud (art. 75, inc. 22, CN).

El derecho a la salud en el derecho infraconstitucional argentino

La **ley 23.661** del año 1988, en su artículo 1º establece: "Créase el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". (...). En concordancia con esa norma, el artículo 2º, ley 23.661, prescribe: "El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva").

B.- Derecho a la salud de los Niños, niñas y adolescentes

La **Convención Sobre Los Derechos Del Niño**, tratado adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1989, además de reconocer a todas las personas menores de

18 años como sujetos de pleno derecho, define los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños, las niñas y adolescentes.

En nuestro país, la **Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes**, sancionada en el año 2005, consagra expresamente el derecho a la salud en su artículo 14, en el que se establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud; y, asimismo, establece la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño antes mencionada.

El derecho a la salud, no es solamente un derecho fundamental, sino que, además, es fuente de otros derechos, toda vez que, es imprescindible para el disfrute pleno del resto de los derechos humanos.

Para entender el alcance de este derecho no resulta suficiente considerar que la salud “es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no, solamente, la ausencia de afecciones o enfermedades. Y, que, el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”; sino que, resulta imprescindible, además, otorgarle una mirada más integral, más holística, condicionada por factores socioeconómicos (los que se aseguran a través de políticas públicas, que trabajen sobre esos factores socioeconómicos).

II.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El derecho a la salud se encuentra estrecha e inescindiblemente vinculado al consentimiento informado del paciente; y, en el caso, de los niños, niñas y adolescentes, a su capacidad progresiva.

En el particular ámbito de las decisiones referidas al propio cuerpo, la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, se manifiesta en la posibilidad de otorgar su consentimiento informado para determinadas prácticas.

La ley 26.529 de derechos del paciente (2009), establece la obligatoriedad del consentimiento previo en el ámbito médico – sanitario, y, lo define como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; y, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

El **Código Civil y Comercial en el art. 59**, lo define, prácticamente, en idéntico sentido, y amplía el consentimiento informado, aludiendo a las directivas anticipadas en caso de en-

fermedad irreversible o estado terminal del paciente y cuidados paliativos.

Por su parte, **el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño**, reconoce el principio de capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes, en consonancia con la evolución de sus facultades.

Lo dicho supone el equilibrio entre el ejercicio de cierto grado de autodeterminación en la toma de decisiones y el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. En este sentido, las nociones de autonomía y protección no resultan excluyentes, sino que se implican una a otra, pues la capacidad progresiva constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de niños, niñas y adolescentes, sin exponerlos prematuramente a plenas responsabilidades asociadas con la edad adulta, a fin de evitar que corran riesgos irrazonables.

El principio de capacidad progresiva está ligado a una gradación en el ejercicio de los derechos en función del desarrollo psicofísico o –como sostiene el art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño– la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes.

A) La capacidad progresiva de las personas menores de edad en el derecho argentino

Decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo

La **ley N° 26.743 de Identidad de Género**, sancionada en el año 2012, en el **Art. 11** establece: “Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona.

En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad...”

Por su parte, en contraste con lo anterior, el **Código Civil y Comercial** (año 2015), en el **Art. 26** prevé: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta

con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

Como se aprecia con meridiana claridad, nos encontramos ante a una contradicción de normas frente un mismo supuesto de hecho.

Mientras que, el Art. 11 la ley N° 26.743 de Identidad de Género establece que los menores de 18 años, requieren el consentimiento de los progenitores o representantes legales, sumado a la autorización de la autoridad judicial competente para acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida; el art. 26 del CCyC, por el contrario, prevé que, a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, lo cual, implica que no se requiere ni el consentimiento informado de los progenitores o representantes legales ni autorización judicial alguna.

Frente a esta contradicción normativa, corresponde, entonces, dilucidar si resulta aplicable la ley especial anterior de identidad de género N° 26.473 del año 2012 o sí, por el contrario, deben considerarse las pautas sentadas por la ley general posterior contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación sancionada en el 2015 (art. 26).

III.- UNA MIRADA INTEGRAL DE LA CUESTIÓN

Para este tipo de contradicciones o antinomias, resulta necesario abordar la cuestión con una mirada holística, debiendo nutrirse el derecho de principios, de normativa constitucional y tratados internacionales de derechos humanos a fin de dar solución a estos casos.

En primer lugar, debe tenerse presente el **principio de Autonomía Progresiva**, reconocido en el **art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño**, que establece que: “Los Estados

Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Esta máxima supone el equilibrio entre el ejercicio de cierto grado de autodeterminación en la toma de decisiones y el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. El principio de capacidad progresiva está ligado a una gradación en el ejercicio de los derechos en función del desarrollo psicofísico o –como sostiene el art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño– la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, la **Observación General 15 del año 2013 sobre el derecho del niño** prevé el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud en su art. 24, al disponer que: “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redundaría en el interés superior del niño...”. Entonces, la autonomía progresiva se constituye bajo el precepto que, a mayor autonomía o grado de madurez, menor lugar tienen las decisiones de quienes ejercen la responsabilidad parental.

Por su parte, a nivel local se ha desarrollado el precepto específicamente en el **art. 13 de la Ley de Identidad de Género 26.473**, en cuanto establece que “Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.

A su turno, el **Código Civil y Comercial en el art. 639** determina que lo relativo a la responsabilidad parental se rige por los principios de: “a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Este contexto normativo descripto conlleva a armonizar la interpretación del ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva y la identidad de género, a favor de un desarrollo progresivo, tal como se expresa en el documento aprobado por la **Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación**, al dictar la **Resolución 65/2015** de fecha 09/12/2015.

El “Acuerdo de Documentos”, aprobado por la Resolución mencionada, enumera reglas de interpretación normativa, entre las cuales establece la prevalencia del principio pro persona (pro homine) que determina que “... se debe tomar siempre para definir la norma aplicable

aquella que favorece una decisión a favor de la persona frente a uno o varios textos normativos relacionados o que puedan afectar derechos humanos. Es decir, se debe preferir la aplicación de la norma o interpretación jurídica que conceda un alcance más amplio a los derechos para el mayor número de personas.

En tal contexto, el punto 1.2 de dicho instrumento legal, sostiene que atento a que el nuevo Código Civil y Comercial tiene como fuente normativa preexistente y de superior jerarquía a la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos, toda interpretación normativa debe hacerse de acuerdo a los principios pro persona (pro homine), de progresividad y no regresividad, autonomía e igualdad, entre otros; lo que en relación a los derechos sexuales y reproductivos se traduce en la aplicación, entre otros y fundamentalmente de los siguientes criterios interpretativos: interés superior y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes, presunción de capacidad de todas las personas en todas las circunstancias, pro persona, pro minoris e igualdad y no discriminación.

En virtud de ello, se postula el reconocimiento de la mayoría de edad a los 16 años para todas las prácticas relacionadas con el cuidado de la salud.

Del mismo modo, propone la aplicación del principio de autonomía progresiva en adolescentes con relación a los artículos 25 y 26 del CCyC.

A su turno, en el Apartado 4 “La Ley de Derechos a la Identidad de Género y el Código Civil y Comercial”, en el subapartado 4.1 expresamente se señala que “debe entenderse en general y en relación a las tensiones que pudieran presentarse en la lectura conjunta de ambas normas, que los procedimientos que prevé la LDIG y sus decretos reglamentarios son constitutivas del cuidado del propio cuerpo (CCyC, art. 26 último párrafo) a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio.”

Atento a ello, en el Subapartado 4.2 se expresa puntualmente que: “Dado que se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad autopercebida son prácticas de cuidado del propio cuerpo, reguladas en el art. 26 del CCyC, se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG), en pos de una armonización constitucional y convencional de los criterios para la presunción de capacidad de los adolescentes”.

Continúa diciendo que: “De acuerdo al art. 26 del CCyC, corresponde interpretar que a partir de los 16 años el adolescente, equiparado a un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, puede petitionar los procedimientos que habilita la LDIG, prescindiendo de los requisitos que esta última prevé en su art. 11, ya que los procedimientos (Terapias de Hormonación e Intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género”.

En palabras simples, la Resolución 65/2015 determina que, a partir de los 16 años existe equiparación a la mayoría de edad para este tipo de prácticas y aclara expresamente que, para las intervenciones quirúrgicas de modificación corporal, los mayores de 16 años, están equiparados a la mayoría de edad para solicitarlas, y no requieren autorización parental ni ju-

dicial alguna.

Que, atento lo expuesto, debe considerarse que el Código Civil y Comercial de la Nación, a pesar de ser una norma de carácter general, deroga las disposiciones de los artículos 5 y 11 de la Ley de Identidad de Género N° 26.473, que exigen autorización parental y/o judicial para la intervención quirúrgica.

En consecuencia, los casos de intervenciones quirúrgicas de modificación corporal resultan decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo, por lo que el adolescente mayor de 16 años resulta equiparado a un adulto para esos supuestos, conforme lo establece el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Del mismo modo, la doctrina ha entendido que “debe reinterpretarse a la luz de las normas constitucionales y convencionales, principios pro persona y pro minoris, siendo el art. 26 del CCCN la norma que resulta más protectora en cuanto el ejercicio de los derechos por niños, niñas y adolescentes.

IV.- CONCLUSIÓN

Del análisis efectuado, siguiendo los lineamientos de la Dra. María Victoria FAMA, en su publicación “El consentimiento informado de las personas menores de edad”¹, podemos concluir que el sistema previsto por el Código Civil y Comercial tiene los siguientes alcances:

Personas menores de trece años (Representación): son incapaces para tomar decisiones en materia de salud requiriéndose la representación de sus progenitores, quienes deben prestar su consentimiento para el acto médico sin perjuicio de la necesaria información y participación del niño, conforme resulta del artículo 2° inciso e) de la ley 26.529 de Derechos del Paciente (2009).

Adolescentes entre trece y dieciséis años (Presunción de autonomía): Se presume iuris que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí, en forma autónoma, respecto de aquellos tratamientos que *no resultan invasivos*, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Frente a *tratamientos invasivos* que comprometen su estado de salud o ponen en riesgo la integridad o la vida, el adolescente entre trece y dieciséis años debe prestar su consentimiento conjuntamente con el de sus progenitores (**Codecisión**).

A partir de los dieciséis años (Autonomía o mayoría anticipada para el acto médico): Como regla absoluta y sin admitir prueba en contrario, a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para brindar el consentimiento informado en materia de actos médicos.

A la luz de esta regla genérica, partiendo del principio por el cual ley posterior deroga ley anterior, y de que las incapacidades deben ser interpretadas restrictivamente; cabe concluir que las disposiciones del CCyC derogan lo dispuesto por la ley 26.529 de Derechos del paciente (2009) que determina la representación de los progenitores en los actos médicos sin perjuicio del derecho a intervenir de niños, niñas y adolescentes. Deroga también la previsión

¹ FAMA, María Victoria “El consentimiento informado de las personas menores de edad”, Publicado el 03/2017).
<https://salud.gob.ar/dels/autores/fama-maria-victoria>

de la ley de identidad de Género (ley 26.743,2012) que exige la autorización judicial para la readecuación genital de las personas menores de edad.

Tal como afirma la autora citada, el Código Civil y Comercial deja atrás la categoría binaria de capacidad/incapacidad emergente del Código Civil, y reformula la función de representación universal, legal y necesaria de los progenitores con relación a sus hijos, pues esta representación implica la sustitución de la voluntad del representado, incompatible con el nuevo modelo.

REFLEXIONES SOBRE LA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

MARÍA ALEJANDRA DE MADARIAGA*

1. INTRODUCCIÓN. LA GUARDIA DEL BANQUITO

Cuenta Eduardo Galeano que Sixto Martínez cumplió el servicio militar en un cuartel de Sevilla. En medio del patio de ese cuartel, había un banquito. Junto al banquito, un soldado hacía guardia. Nadie sabía por qué se hacía la guardia del banquito. La guardia se hacía porque se hacía, noche y día, todas las noches, todos los días, y de generación en generación los oficiales transmitían la orden y los soldados obedecían. Nadie nunca dudó, nadie nunca preguntó. Si así se había hecho, por algo sería. Y así siguió siendo hasta que alguien, no sé qué general o coronel, quiso conocer la orden original. Hubo que revolver a fondo los archivos. Y después de mucho hurgar, se supo. Hacía treinta y un años, dos meses y cuatro días, un oficial había mandado montar guardia junto al banquito, que estaba recién pintado, para que a nadie se le ocurriera sentarse sobre pintura fresca (del Libro de los Abrazos).

¿Cómo podemos saber por qué se monta la guardia del banquito? De manera general, todo acto de una autoridad pública debe cumplir con el deber de motivación¹, aunque no se expresen en determinadas circunstancias por la naturaleza de las instituciones²:

En materia de acto administrativo, la motivación es un requisito esencial³; su ausencia o deficiencia acarrea un vicio en la estructura del acto del que deriva su invalidez. Esta naturaleza necesaria del elemento motivación del acto administrativo ha sido fundamentada en el

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

¹ Resulta evidente que la motivación aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales (Conf. CASSAGNE J.C. "El acto administrativo" – 1° ed.-Buenos Aires: La Ley, 2012, pág. 243).

² La CIDH ha reconocido que aún el veredicto de los Jurados tiene motivación, aunque no se exprese. Así se sostuvo en el caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 3 de junio de 2020, Serie C No. 403, Párrafo 95 que, en el Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua la Corte señaló que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación ya que, en efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa.

³ Sin embargo, en la doctrina italiana hemos leído que "aunque no hay uniformidad al respecto, debe considerarse que la carencia de la motivación no acarrea la nulidad del acto, sino tan solo su anulabilidad (...) no es correcto incluir la motivación entre los elementos esenciales del acto administrativo" (CUOCOLO L. "El Acto Administrativo" disponible Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM último acceso: 14/07/2021). Entre nosotros BALBÍN C.F. ha señalado que "es ciertamente confuso y ambiguo el alcance del elemento motivación (...) nace básicamente del principio de razonabilidad y publicidad de los actos estatales, es decir, el Estado debe dar a conocer el acto y, en especial, su justificación. Finalmente, la reconstrucción del elemento motivación y su inserción en el marco de la teoría general del acto administrativo permite garantizar un Estado más transparente que respete plenamente los derechos de las personas. En conclusión, otro de los elementos esenciales del acto, según el propio texto legal, es la motivación (...)" (en Tratado de Derecho Administrativo 2° ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, pág. 65).

derecho de defensa del particular⁴, y en la forma republicana de gobierno⁵, con especial referencia a la transparencia que debe caracterizar la actividad de la Administración⁶. También se ha asociado la motivación del acto con la idea de persuasión a los fines de su efectividad; desde este punto de vista, la obligación de motivación constituye un modo de limitar la actuación de los poderes públicos que contribuye a alcanzar una mayor eficacia en su obrar, ya que un acto que cuente con un adecuado discurso justificativo hallará más fácil aceptación y más rápida ejecución⁷.

Teniendo a la vista estos postulados consideramos adecuado definir a la motivación como el requisito esencial del acto administrativo que consiste en la declaración de las razones de hecho y de derecho que están llamadas a probar que en el caso concreto⁸ se cumple con una determinada finalidad de la Administración Pública⁹. Desde este punto de vista en la motivación interactúan los elementos del acto administrativo con los derechos involucrados.

⁴ Sobre la idea de la motivación como una mayor protección de los derechos individuales se sostuvo que de su cumplimiento "depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto" (CASSAGNE J.C. en "El acto administrativo" – 1° ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012 pág. 243); también para ESPINOZA MOLLA M.R. se vincula con la tutela del debido proceso adjetivo (en "La motivación como elemento esencial del acto administrativo y su vinculación con principios esenciales del Estado de Derecho. Aspectos relevantes de una doctrina" RDA 2010-74-1144, en Summa de derecho administrativo – 1° ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, pág. 1613);

⁵ La motivación nace "por mandato del sistema democrático y republicano imperante – razones políticas" (conf. MARTÍNEZ P.R. en "Motivación del acto administrativo" JA 1986-II-817, Summa de derecho administrativo – 1° ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, pág. 1691). COVIELLO: "¿por qué es necesario motivar los actos administrativos? La respuesta (...) es sencilla: la forma republicana de gobierno, que consagra nuestra Constitución Nacional en su artículo 1, implica la publicidad de los actos de gobierno, que permite que los habitantes del país conozcan no sólo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también por qué así actúa (en "La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales" en "El control de la actividad estatal" Asociación de Docentes UBA Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 2016, disponible en); en Chile ROCHA FAJARDO E. señala que la motivación tiene una dimensión social, es "un elemento político de primer orden que permite a la Administración legitimarse no sólo jurídica, sino socialmente" (en "Estudio sobre la motivación del acto administrativo (...). Permite hacer efectiva la transparencia administrativa" Cuadernos del Tribunal Constitucional, 1° ed, Chile junio 2018, disponible en ultimo acceso: 15/07/21). También se ha fundamentado la necesidad de motivar los actos administrativos en el derecho de petitorio (HENRÍQUEZ MAIONICA G. en "La experiencia de Doña Rosa: La motivación in aliunde ante el derecho de petición", LA LEY 2006-A, 900, TR LALEY AR/DOC/3648/2005).

⁶ "Así, al igual que en nuestro país, en España, la motivación del acto administrativo es entendida como una manifestación y exigencia del principio de transparencia y además está vinculada al derecho de los ciudadanos a la buena administración (artículo 41.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE)". Y se la relaciona también con el acceso a la información y el "control social de la Administración, alcanzando entonces no solo a los actos donde se afecten derechos individuales" (Conf. ROSS Z. y ANDERSEN C. en "La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales" Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019, disponible en ultimo acceso: 17/07/21)⁷ Conf. TAWIL G.G. en "Acto Administrativo", 1° ed- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. Pág. 323.

⁷ Conf. TAWIL G.G. en "Acto Administrativo", 1° ed- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014. Pág. 323.

⁸ En la doctrina se ha concluido que "el alcance de la motivación depende de cada supuesto particular, admitiéndose pautas o conceptos normativos genéricos o laxos respecto de este elemento esencial del acto, salvo supuestos de arbitrariedad o por las especiales circunstancias del caso. Sin embargo, en los últimos tiempos, los tribunales y la Corte en particular, comenzaron a exigir mayores precisiones al Poder Ejecutivo sobre la motivación de sus actos respecto del traslado y remoción de sus agentes" (conf. BALBIN ob. Cit. Pág. 224).

⁹ Para CASSAGNE, con cita a Dictámenes 113:389, Marienhoff, Fiorini; Diez, Mairal, Garrido Falla; Sayagües Laso, González Pérez, González Navarro (nota al pie N° 144 de la página 244 de la obra citada) "la motivación es un requisito que integra el elemento forma", y agrega éste autor que "consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto, que versan tanto en las circunstancias de hecho y de derecho (causa) como en el interés público que se persigue con el dictado del acto (finalidad). Desde otra perspectiva, BALBIN define a la motivación como "la relación o correspondencia entre la causa y el objeto y, a su vez, entre el objeto y la finalidad" y postula que "el motivo debe ser considerado como un elemento autónomo y esencial, en términos de racionalidad y juridicidad de las decisiones estatales, en el marco del Estado de Derecho" (ob. Cit. Tomo III pág. 70 y 69, respectivamente).

El “caso concreto”, o la naturaleza del derecho en debate¹⁰ y la obligación del Estado que en particular deba ponerse en acción, son las fuentes del contenido sustancial de la motivación para su validez. Nos resulta difícil concebir a la motivación como un elemento formal del acto administrativo sin riesgo a propiciar la motivación meramente aparente, cuyo contenido sea la enunciación de un hecho, de una norma y de una finalidad o necesidad pública, pero sin conectar estas premisas entre sí y con la situación concreta de la persona humana.

Desde nuestra perspectiva la referencia al caso concreto y a los derechos en debate¹¹ permite la producción de una motivación adecuada¹² que, a diferencia de la motivación suficiente, hace posible adaptar las soluciones a la medida de la persona humana y su dignidad. Estamos en condiciones de afirmar que una motivación puede ser suficiente porque aplica correctamente una norma, pero puede no ser adecuada a las necesidades de la persona humana y sus derechos.

Se diferencia la motivación de los actos reglados de los discrecionales, concluyéndose en la mayor necesidad de expresión de razones en estos últimos¹³. Desde nuestro punto de

¹⁰ El debate o controversia refiere a la idea de discusión de posiciones contrapuestas. Si tradicionalmente se define las relaciones “Administración-administrado” como de equilibrio como mínimo deberá considerarse como una relación racional, esto es, con expresión de causas y razones. Dejamos aclarado que no es nuestra intención efectuar un análisis lógico filosófico de la motivación, entendida como dialogo (que por definición es racional), sino práctica, concreta y jurídica de la motivación como una de las garantías mínimas establecidas en el art. 8 de la CADH.

¹¹ La importancia que asume el derecho en debate podemos hallarla en SAMMARTINO P.M.E. al sostener que “desde este vértice es dable apreciar que analógicamente deben tener trato diferenciado los actos administrativos favorables de los que emergen derechos subjetivos que conciernen de modo directo e inmediato a los derechos a la vida, la salud, el derecho a estar protegido frente al hambre, y los derechos sociales concretizados a favor de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad. No cabe duda de que en todos estos casos el derecho administrativo asume su condición de derecho constitucional y convencional concretizado” (en “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional” en Revista La Ley, Tomo La Ley 2017-c, AÑO LXXXI N° 87, Buenos Aires, Argentina, 10 de mayo de 2017, pág. 8).

¹² Adecuar según el Diccionario de la Real Academia Española es adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa. En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos se señala que los Estados tienen la obligación de adecuar su normativa interna a los estándares interamericanos de derechos humanos lo que permite garantizar el efecto útil de los instrumentos interamericanos. Con respecto a la CADH, la obligación se funda en particular en los artículos 1.1, 2 y 29 de dicha Convención (conf. Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero 2021, pág. 17, disponible en último acceso: 30/07/2021). En el ámbito de las contrataciones civiles la idea de adecuación sirve a los fines de la restitución de la justicia conmutativa (conf. art. 1091 CCC). En la teoría de la discrecionalidad administrativa la proporcionalidad tiene como subprincipio el de adecuación sobre el que se ha señalado refiere a que el objeto del acto administrativo tenga suficiente aptitud para satisfacer los bienes jurídicos tutelados por el sistema normativo dentro del cual se encausa el acto administrativo (conf. SAMMARTINO P.M.E. en “La causa y el objeto del acto administrativo en el estado constitucional” en Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo - Universidad Austral. Facultad de Ciencias Empresariales. Departamento de Derecho, Ciudad de Buenos Aires: Ediciones RAP, 2009, pág. 74). En el conocido “caso Q” la CSJN dilucidó si la respuesta dada por el Estado resultaba “adecuada” para garantizar, siquiera mínimamente los derechos de la madre y su niño (conf. considerando 13°). Sobre estas ideas sostenemos que se puede predicar de la motivación la “adecuación” en cuando es ajustada a la realidad del caso, a sus completos antecedentes de hecho y de derecho y a la finalidad de las funciones Administrativas también en su mayor amplitud.

¹³ La motivación del acto está estrechamente vinculada con los aspectos discrecionales (conf. BALBIN ob cit pág 67). COVIELLO señala que “el otorgamiento de una jubilación o una pensión es un acto sustancialmente reglado. Por lo tanto, la referencia al cumplimiento de los requisitos impuestos por el ordenamiento y el encuadre será suficiente”; y también sostiene que “la motivación decrece en su exigencia frente a determinados actos administrativos, y acrece cuando aparecen actos de sustancia discrecional o que niegan, o son ablatorios de derechos, entre otros. Por obvia consecuencia, los actos que se dicten en uso de potestades regladas, será menor la exigencia de la motivación” (en “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales” en “El control de la actividad estatal” Asociación de Docentes UBA Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, 2016, disponible en).

vista, resulta aún más importante la graduación de la motivación en orden a la naturaleza favorable o desfavorable del acto.

La motivación del acto administrativo para ser adecuada¹⁴ y, por consiguiente, válida debe partir del derecho de la persona en cuestión. Así, la presencia de derechos fundamentales introduce el argumento del no desamparo¹⁵, siendo los principios precautorios¹⁶ y el de progresividad¹⁷ los que podrían guiar la búsqueda de los motivos que definirán la solución del caso¹⁸.

Por otra parte, consideramos que la violación por parte de la Administración al deber de motivar adecuadamente los actos administrativos puede generar un trato indigno e inequitativo en los supuestos en que se debatan derechos fundamentales.

La motivación demuestra a las partes que han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen ante instancias superiores¹⁹.

Es decir, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad²⁰

2. El Decreto Ley N° 971/80.

El régimen del acto administrativo en la Provincia de Formosa está previsto en el Decreto Ley N° 971/80²¹.

¹⁴ Insistimos en la utilización del termino "adecuada" y no "suficiente".

¹⁵ El Estado debe abstenerse de desamparar a las personas humanas; está obligado a garantizar el mínimo existencial de las personas y a no dañarlas. El Estado no solo tiene obligaciones positivas en materia de derechos económicos sociales y culturales sino también de abstención el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos (Conf. ABRAMOVICH V. y COURTIS C. en "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" obra La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Martín Abregú...[et al]. - 1° ed. 1° reimp. - Buenos Aires : Editores del Puerto, 2004; pág. 287). Desde este punto de vista la motivación además de ser el elemento esencial para la mayor protección de los derechos individuales es un medio de demostrar que el Estado cumple con su deber de no dañar ni desamparar a las personas al postular de manera completa y adecuada el antecedente de derecho del caso tanto como su objeto y finalidad.

¹⁶ El principio precautorio en la motivación del acto administrativo puede actuar como fundamento de actos administrativos en materia sanitaria, ambiental o de defensa del consumidor y usuario.

¹⁷ El principio de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales puede actuar en la motivación del acto administrativo para la concesión de una mayor protección en sede administrativa.

¹⁸ SÁMMARTINO sostiene que la idea de juridicidad, en el marco del Estado constitucional, está condicionada por los vínculos de contenido que imponen los derechos fundamentales. De allí que administrar eficazmente, hoy en día, es bastante más que ejecutar las leyes. Administrar bien es satisfacer de manera inmediata, directa y permanente el interés público comprometido con la vigencia de la juridicidad, asumiendo que en el vértice mismo de ésta está el deber de garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos que le son inherentes. En el Estado constitucional la Administración satisface el interés público comprometido con la vigencia de la juridicidad cuando asegura los valores y principios que consagra la Constitución (conf. ob cit. "La causa y el objeto...").

¹⁹ Cfr. Caso Aritz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, supra, párr. 78 y Caso Casa Nina Vs. Perú, supra, párr. 89.

²⁰ Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, supra, párr. 122 y Caso Casa Nina Vs. Perú, supra, párr. 89.

²¹ Publicada en el Boletín Oficial el 29 de diciembre del año 1.980.

²² El texto es el siguiente: "en principio, los actos administrativos deben ser motivados; conformarse a los requisitos señalados y considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas en tanto fueren conducentes a la solución del caso (...)". Nótese que son los actos administrativos los que según el texto deben: a) ser motivados; y b) considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas en tanto fueren conducentes a la solución del caso". Y el contenido de esta motivación según el decreto ley es la "explicación de las razones de hecho y de derecho que los fundamentan".

El art. 30 del decreto ley que establece los requisitos esenciales del acto administrativo no la menciona expresamente. Seguidamente, el art 31° dispone que “en principio, los actos administrativos deben ser motivados”²²; y agrega que “excepcionalmente, no requerirán motivación aquellos actos que ni directa ni indirectamente pueden incidir en las relaciones jurídicas con los administrados. Serán motivados, con explicación de las razones de hecho y de derecho que los fundamentan, los actos que: a) Decidan sobre derechos subjetivos, concursos, licitaciones y contrataciones directas; b) Resuelvan recursos; c) Se aparten del criterio seguido en actuaciones precedentes o de dictamen de órganos consultivos; d) Deban serlo en virtud de otras disposiciones legales o reglamentarias; e) Sean discrecionales y los reglamentos”.

En nuestra opinión, la motivación es un requisito esencial del acto administrativo considerando que tanto el art. 30° como el art. 31° se encuentran en el Título III²³, Capítulo II que trata los “requisitos esenciales del acto administrativo”. Este título incluye, también, el artículo 32 que determina que “el contenido del acto no podrá contravenir -por el principio de legalidad- disposiciones constitucionales o legislativas (...)”.

En cuanto al contenido de la motivación observamos que el texto normativo exige la “explicación de las razones de hecho y de derecho”²⁴.

Así las cosas, no es requisito de validez que el contenido del art. 30° del Decreto Ley 971/80 quede plasmado en la motivación del acto administrativo; en el actual régimen, el elemento en estudio podrá ser un medio de prueba más sobre el cumplimiento por parte de la Administración de tales requisitos, pero a los fines de la validez formal del acto basta con que sus considerandos expliquen las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. La justicia, la razonabilidad, la proporción al fin perseguido por el orden jurídico, atendiendo a la causa que motiva el acto, si

²² El texto es el siguiente: “en principio, los actos administrativos deben ser motivados; conformarse a los requisitos señalados y considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas en tanto fueren conducentes a la solución del caso (...)”. Nótese que son los actos administrativos los que según el texto deben: a) ser motivados; y b) considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas en tanto fueren conducentes a la solución del caso”. Y el contenido de esta motivación según el decreto ley es la “explicación de las razones de hecho y de derecho que los fundamentan”.

²³ La nota del Fiscal de Estado, que acompañaba la norma, sobre este Título manifiesta que “establece los principios básicos y generales a que deben ajustarse los actos administrativos, siguiendo las normas del proyecto los lineamientos establecidos por normas análogas, tanto de la Nación como de otras provincias, en especial las de La Pampa y Tucumán. Se destaca en este sentido la regulación – en cuanto a los requisitos esenciales- que establece el artículo 30° de la Ley en proyecto, donde se incorporan como normas objetivas, los principios de razonabilidad, justicia, moralidad, buena fe, legalidad y debido proceso”.

²⁴ Al respecto la ley de la Provincia de MENDOZA a “la explicación de las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto” le agrega que la motivación debe contener “un sucinto resumen de los antecedentes relevantes del expediente, la finalidad pública que justifica su emisión, la norma concreta que habilita la competencia en ejercicio y, en su caso, la que establece las obligaciones o deberes que se impongan al administrado, individualizando su publicación. La motivación no puede consistir en la remisión genérica a propuestas, dictámenes o resoluciones previas. A mayor grado de discrecionalidad en el dictado del acto, más específica será la exigencia de motivarlo suficientemente” (art. 45° de la ley 9.003 del año 2.017). En el ámbito Latinoamericano la ley de PERÚ N° 27444 precisa que “el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido” y que (art. 6°) “deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”. Por su parte la ley del año 2017 de ECUADOR establece en su art. 100 que “en la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado”.

bien son elementos esenciales según el art. 30° del Decreto-Ley, aunque existan, no es necesario se expliciten en la motivación del acto administrativo en sede administrativa.

3. La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa²⁵

En un fallo emitido en un recurso de apelación (directo) interpuesto por un proveedor en una relación de consumo contra una sanción aplicada por la Autoridad de Aplicación de la ley N° 24.240,²⁶ se extrae que conforme el Alto Tribunal la motivación del acto administrativo es la correcta producción e interpretación del material probatorio. En esta sentencia el Tribunal apuntó que “la ‘motivación de los actos administrativos, que constituye uno de sus requisitos esenciales, ... cumple dos finalidades: que la Administración sometida al derecho de un régimen republicano dé cuenta de sus decisiones y que éstas puedan ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas, permitiendo así una suficiente defensa de los afectados’ (conf. SC Buenos Aires, 2000/03/22. – Rocha, Laurindo Darío c. Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa, citado en Digesto Práctico La Ley, Procedimiento Administrativo, N° 1836)”.

En una sentencia del 04 de julio del año 2.019 (Fallo N° 11.867²⁷), de nuevo en una apelación (directa) de una sanción aplicada a un proveedor por la Autoridad de Aplicación de la ley 24.240, el STJ se explayó sobre la motivación del acto administrativo precisando que la misma “no se encuentra reducida a la explicitación de la causa, pues comprende la exposición de las razones que llevan al órgano a su emisión. Es ‘... la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión de dicho acto, y que versan tanto en las circunstancias de hecho y de derecho –causa del acto administrativo– como en el interés público que se persigue con su dictado’ (conf. CNCiv., sala J, 1999/02/23. – Gianera, Carlos c. Municipalidad de Buenos Aires. – LL 1999-E, 520). La exigencia de motivación no busca establecer formas por las formas mismas, sino preservar valores sustantivos. Aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular traduce una pretensión fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. ‘La motivación de los actos administrativos, que constituye uno de sus requisitos esenciales... , cumple dos finalidades: que la Administración sometida al derecho de un régimen republicano dé cuenta de sus decisiones y, que estas puedan ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas, permitiendo así una suficiente defensa de los afectados’ (conf. SC Buenos Aires, 2000/03/22. –Rocha, Laurindo Darío c. Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa, citado en Digesto Práctico La

²⁵ La jurisprudencia citada se encuentra disponible en <http://www.jusformosa.gov.ar>.

²⁶ Fallo N° 11.918, del 09 de octubre del año 2.019. La sentencia expresa que “en autos se observa un precario análisis de las pruebas obrantes en el expediente y una ausencia de la motivación adecuada para tornar válida la sanción dispuesta contra RUBINA SRL por lo que corresponde declarar la nulidad de la misma por violación del debido proceso administrativo”. El acto administrativo aplicó, además, a favor del consumidor la figura del daño directo. Es decir, sin bien era desfavorable al proveedor, era un acto administrativo favorable para el consumidor.

²⁷ El proveedor era una firma comercial “CAR PLAN SRL”.

Ley, Procedimiento Administrativo, N° 1836). En función de lo dicho, queda clara la violación a la obligación de la debida motivación de los actos administrativos que obligan a la declaración de nulidad de la Resolución N° 31/2018²⁸.

También, hemos observado que en materia de control de actos administrativos sancionatorios emitidos por la Autoridad de Aplicación de la ley de Defensa del Consumidor el STJ ha reiterado que “la sanción a imponer debe ser el corolario de un proceso en el que se haya dado la oportunidad efectiva de defensa a la empresa denunciada y donde sus argumentos sean debidamente contrastados y, eventualmente, desestimados al momento de resolver (...). Este Tribunal ya ha señalado que el derecho administrativo sancionatorio no escapa a las mínimas garantías del debido proceso, garantía que se aplica no solo a los estrictos procesos judiciales, sino que impone que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto estatal (conf. CIDH "Tribunal constitucional c/ Perú", considerando 69) (conf. STJ Formosa Fallos N° 10.845 - Tomo 2015 y N° 11.992 - Tomo 2019)²⁹. De la jurisprudencia señalada surge un control extenso sobre los actos administrativos dictados como resultado de procedimientos de protección de defensa del consumidor, en donde confluyen actos favorables a los consumidores a través de la aplicación de la figura del daño directo y actos desfavorables a los proveedores (multas por infracción a la ley 24.240). Por otra parte, se observa la aplicación de jurisprudencia de la CIDH en protección de los derechos de personas jurídicas (S.A, S.R.L. y entidades financieras), cuando el art. 1° apartado 2 del Pacto de San José de Costa Rica Establece que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

LA MOTIVACIÓN ADECUADA

En la norma de procedimiento administrativo vigente en la Provincia de Formosa, el contenido del requisito esencial motivación del acto administrativo es la expresión de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión.

Creemos que, además, es necesario que la motivación concrete también la exposición de la adecuación de lo que el acto decide a una determinada finalidad pública. La motivación adecuada es aquella que incorpora como argumentos para la resolución del caso administrativo: a) la naturaleza del derecho en debate y b) la Constitución Convencionalizada, como antecedentes de hecho y derecho (causa). Desde este punto de vista, el respeto al debido proceso legal no es solamente la oportunidad de ser oído sino la demostración a través de la motivación del acto administrativo que la persona ha sido efectiva y eficazmente escuchada.

Bajo estos recaudos, podremos, finalmente, saber si es necesario seguir montando la “guardia del banquito” o no; conocer las razones de por qué la Administración actúa cómo actúa es cuestión de un trato digno y equitativo a la persona humana.

²⁸ La apelación (remedio directo previsto en el art. 11 de la ley provincial N° 1480 de procedimiento de defensa del consumidor) que dio lugar a la sentencia fue interpuesta en contra de una multa impuesta a un proveedor por violación al deber de información (art. 4° de la ley 24.240). Sobre ello el STJ concluyó que “si el denunciante no acreditó la falta de información y los perjuicios irrogados por la conducta de CAR PLAN SRL, debió ser entonces el organismo administrativo quien, instruyendo de manera correcta y completa el sumario, llegue a la acreditación de dichos extremos. La Administración, como ya se dijo, con escasos renglones que refieren al caso particular, se limita a hacer un relato de citas doctrinarias y a manifestar de manera arbitraria y dogmática la responsabilidad de la empresa recurrente”. Obsérvese que el denunciante es un consumidor, y que conforme al art. 4° de la ley 24.240 es obligación del proveedor proporcionar la información “en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión”, es decir, la prueba del cumplimiento es la presentación del “recibo” de la información por parte del consumidor; sin embargo, el STJ sostiene que es el consumidor quien debe acreditar que el proveedor no le proporcionó información.

²⁹ Fallo N° 12091 (23/07/2020). El caso CIDH "Tribunal constitucional c/ Perú" es citado también como precedente en apelaciones de sanciones aplicadas por Defensa del Consumidor en los fallos N° 11992, 11510, 10940 y 10940.

OPERATIVO SOLIDARIO 2023

“POR NUESTRA GENTE, TODO”

“Es tiempo de fortalecer los lazos solidarios que nos han convertido en un pueblo maravilloso”

Gdor. Gildo Insfrán



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



CIUDAD DE FORMOSA Y LOCALIDADES DEL INTERIOR PROVINCIAL.





AÑO II
EDICIÓN N°3
DICIEMBRE 2023
EJEMPLAR VIRTUAL GRATUITO

📍 Casa de Gobierno - Belgrano N°878 - 2do Piso - Formosa 📞 0370 4420431
🌐 <https://www.formosa.gob.ar/legalytecnic>
✉️ secretarialegalytecnic@formosa.gob.ar 📘 Slyt Formosa 📷 slyt_formosa
👤 Ecaef Formosa 📧 ecae.slyt@gmail.com