

Jorge C. Albertsen
Eduardo Ávalos
Romeu Felipe Bacellar Filho
Celso Antonio Bandeira de Mello
Homero M. Bibiloni
Alfonso Buteler
Pascual Caiella
Armando N. Canosa
Juan Carlos Cassagne
Hernán Celorrio
Juan Gustavo Corvalán
Juan M. González Moras
Fernando E. Graneros
Blanca A. Herrera de Villavicencio
Miriam M. Ivanega
Carlos A. Lima
Federico J. Lisa
Ismael Mata
José Luis Palazzo
Alejandra Petrella
Héctor C. Rodríguez
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Estela B. Sacristán
José Luis Said
Alberto M. Sánchez
Domingo J. Sesin
Rafael Valim
Claudio M. Viale



**REVISTA ARGENTINA DEL RÉGIMEN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**XXXVII Jornadas Nacionales de
Derecho Administrativo**

**La Persona Humana
y la Administración Pública.
Gobierno, Gobernabilidad
y Gobernanza**

**Organizadas por:
Asociación Argentina
de Derecho Administrativo,
Gobierno de la Provincia de San Juan
y Foro de Abogados de San Juan**

**Ciudad de San Juan
9, 10 y 11 de noviembre de 2011**

Año XXXIV - 408

LAS PERSONAS NO ESTATALES COMO INSTRUMENTO DE GOBIERNO.

*Estela B. Sacristán**

SUMARIO: I. Planteo. II. Gobierno. III. Gobernabilidad. Gubernamentalidad. IV. Gobernanza. V. Instancias del concepto de gobierno. Los instrumentos de gobierno. VI. Concepto de persona pública no estatal. VI.1. Código Civil. VI.2. Origen. VI.3. La doctrina. VI.4. La divergencia Marienhoff-Bianchi. VI.5. Reflexiones. VII. En conclusión.

I. Planteo.

El nombre de estas Jornadas alude a los conceptos de “gobierno”, “gobernabilidad” y “gobernanza”, para conducirnos hacia el tema específico de las personas públicas no estatales como instrumentos de gobierno. De allí que bien podamos comenzar estas reflexiones indagando en aquellos conceptos tomando, en forma provisional, un concepto casi literal de “persona pública no estatal” en el sentido de persona no integrante del Estado en sentido lato, trascendente o importante a los fines públicos.

II. Gobierno.

Considerar la noción de “gobierno” trae a la memoria lo que aprendiéramos en materia de formas de gobierno, las cuales fluyen de las enseñanzas de Aristóteles.

En efecto, en su *Política* enseñaba el estagirita que una constitución era lo que determinaba, con relación al Estado, la organización regular de todas las magistraturas, y el gobierno era la constitución misma¹, con sus formas básicas y desviaciones, a saber, reinado y tiranía, aristocracia y oligarquía, y república y demagogia².

* Agradezco al Doctor Ignacio de la Riva los valiosos comentarios formulados en la etapa de redacción de este trabajo.

¹ Aristóteles, *Obras completas*, Tomo I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, p. 603.

² Ídem, p. 606.

Desde esta perspectiva, podría advertirse que las personas públicas –en lo que aquí interesa, no estatales–, en tanto no integrantes, subjetivamente, del Estado, se relacionarían con éste en el terreno público, mas no reflejando la organización de una magistratura, sino como manifestación de una organización constituida u originada o vinculada orgánicamente con el mundo privado, no estatal.

III. Gobernabilidad. Gubernamentalidad.

El concepto de “gobernabilidad”, en cambio, parecería ser más moderno, al igual que el de “gobernanza”. “Gobernabilidad” significa, literalmente, habilidad para ser gobernado: algo gobernable tendrá gobernabilidad. Pero, en términos políticos, un gobierno ofrece gobernabilidad cuando no está amenazado, o cuando tiene el control de las fuerzas sociales: gobernabilidad será la habilidad, del gobierno, para gobernar.

Se ha afirmado que el buen gobernante democrático no es solo aquel que siente y se comporta como un demócrata, pues “su verdadera misión es mantener la estabilidad de la democracia proveyendo, al mismo tiempo, a los ciudadanos de aquellos beneficios y soluciones a sus problemas que esa misma democracia les promete”³. En sentido concordante, según el Artículo 27 de la Carta Democrática Interamericana, “[l]os programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil”⁴. En esta última acotación podrían ingresar las personas públicas no estatales, en tanto hipotéticas herramientas para llevar adelante objetivos de esas áreas.

Este término tiene que ser diferenciado de otro emparentado a él, “gubernamentalidad”, del cuño de Foucault⁵, y que se refiere a distintas nociones, a saber: a) la tercera etapa del desarrollo que abarca una primera etapa identificable con el Estado de justicia del medioevo, una segunda etapa referente al Estado administrativo de los siglos XV y XVI, y el Estado gubernamentalizado posterior; b) el tipo de poder que genera –al decir de ese autor– “aparatos de gobierno” y un complejo de “saberes diversos”; c) el conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que permiten el ejercicio de la específica, pero compleja “forma del poder” que tiene, como objetivo, la población, que tiene, como su principal forma de conocimiento, a la economía política y que tiene, como medio técnico esencial, el aparato de seguridad⁶. Tales apreciaciones, entiendo, colocan a la mentada “gubernamentalidad” por fuera y lejos de la idea de gobernabilidad, pues, al tiempo que ésta apunta a los fines éticos, políticos y civiles ya

³ Insulza, José Miguel, su “Presentación”, en AA VV, *Foro Internacional. La dimensión política de la gobernabilidad democrática*, Santiago, Chile, 12-1-2007, Departamento de Sustentabilidad Democrática y Misiones Especiales, Subsecretaría de Asuntos Políticos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2007, pp. 3/4, especialmente p. 3.

⁴ Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Lima, Perú, el 11-9-2001.

⁵ Foucault, Michel, *Power* (Faubion, James D. –editor–; Hurley, Robert et al. trans. de la edición de Gallimard, 1994), New York, The New Press, 2000, pp. 219/220.

⁶ Foucault, Michel, *Power*, *op. cit.*, p. 220.

mencionados en el párrafo precedente, la idea que el filósofo francés diseña causa agravio a esos fines al centrarse en relaciones de poder divorciadas de consideraciones de ética u organización política o cívica y apoyadas, en todos los casos, en la(s) fuerza(s).

IV. Gobernanza.

Por último, “gobernanza” es un término que ha recibido pluralidad de conceptualizaciones, en ocasiones disímiles, en los últimos tiempos⁷. Así, se pueden enumerar diversas definiciones. Repasemos algunas de ella.

El *Diccionario de la Real Academia Española* define gobernanza como “[a]rte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”, y como “[a]cción y efecto de gobernar o gobernarse”, definición que ha sido receptada por la doctrina especializada⁸. Así las cosas, las personas públicas no estatales servirían a la promoción de ese equilibrio entre Estado, sociedad civil y mercado, pues en tanto subjetivamente ajenas al Estado, pero insertas en el devenir público, ofrecerían un perfil adecuado para llevar adelante tales objetivos.

En forma concordante, el Banco Mundial entiende que gobernanza es la forma en que el poder es ejercido en la tarea de administrar los recursos económicos y sociales de un país, identificando tres distintos aspectos de la misma, a saber: a) la forma de régimen político; b) el proceso por el cual se ejerce la autoridad en la administración de los recursos económicos y sociales de un país en pos del desarrollo; y c) la capacidad de los gobiernos de diseñar, formular e implementar políticas⁹. De tal modo, esta concepción también dejaría espacio para las personas públicas no estatales como instrumentos de gobernanza en tanto se las considere recursos sociales administrables o –diríamos– regulables.

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la gobernanza constituye el ejercicio de autoridad económica, política y administrativa para administrar los asuntos de un Estado en todos los niveles, y comprende mecanismos, procesos e instituciones por medio de los cuales la ciudadanía y las agrupaciones articulan sus intereses, ejercitan sus derechos positivos, cumplen sus obligaciones y concilian sus diferencias¹⁰. Desde este punto de vista, las personas públicas no estatales pueden insertarse en el universo de las citadas instituciones. Para la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, el concepto de gobernanza implica el empleo de autoridad política y el ejercicio de control en una sociedad en relación con la administración de sus recursos para el desarrollo social y económico; esta conceptualización incluye tanto el rol de las

⁷ Weiss, Thomas G., “Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges”, en *Third World Quarterly*, Volumen 21, N° 5, 2000, pp. 795/814, especialmente pp. 797/798.

⁸ Definición publicada en www.rae.es, también receptada en Ivanega, Miriam M., *Principios de la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 91.

⁹ World Bank, *Governance. The World Bank's Experience*, Washington D.C., The World Bank, 1994, p. XIV.

¹⁰ United Nations Development Program, *Governance for Sustainable Human Development*, New York, UNDP, 1997, pp. 2/3.

autoridades públicas en el establecimiento del ambiente en el cual funcionan los operadores económicos y en la determinación de la distribución de beneficios, como la naturaleza de la relación entre gobernante y gobernados¹¹. Las personas públicas no estatales ingresarían al renglón de los “recursos para el desarrollo social y económico” si para tales fines hubieren sido creadas, y ese renglón semeja los mecanismos de articulación de intereses ya reseñados.

El Instituto para la Gobernanza, con sede en Ottawa, considera que la noción de gobernanza hace referencia a cómo se toman las decisiones importantes para una sociedad u organización; y contribuye a la definición acerca de quién debería tener el poder y por qué, quién debería hacer escuchar su voz en el proceso de toma de decisión, y cómo se brinda *accountability* a la ciudadanía¹². La Comisión de Gobernanza Global entiende que gobernanza es la sumatoria de las muchas formas en que los individuos y las instituciones, públicos y privados, administran sus asuntos comunes: es un proceso continuo por medio del cual los intereses en conflicto o diversos pueden ser armonizados, pudiéndose adoptar un accionar cooperativo¹³.

Finalmente, el Instituto de Tecnología de Tokio define gobernanza como un complejo conjunto de valores, normas, procesos e instituciones por medio de los cuales la sociedad administra su desarrollo y resuelve sus conflictos, formal o informalmente; involucra al Estado, pero también a la sociedad civil (actores económicos y sociales, instituciones comunitarias y agrupaciones no estructuradas, los medios, etcétera) en los niveles local, nacional, regional y global. Se advierte, en estas tres últimas concepciones, la interrelación entre el Estado y las instituciones no integrantes del Estado como actores involucrados en la gobernanza.

V. Instancias del concepto de gobierno. Los instrumentos de gobierno.

Adicionalmente, como el tema a desarrollar hace a las personas públicas no estatales como “instrumento de gobierno”, se impondría ejemplificar a estos últimos.

En el plano jurisprudencial, se ha incluido en el género “instrumentos de gobierno” tanto a la Constitución misma como conjunto armónico¹⁴, como a la figura de los partidos políticos, verdaderos auxiliares del Estado con forma de organización de derecho público no estatal¹⁵, las obras civiles del elevador terminal de un puerto fluvial en tanto destinadas

¹¹ Organization for Economic Co-operation and Development, *Participatory Development and Good Governance*, París, OECD, 1995, p. 14.

¹² <http://iog.ca/en/about-us/our-approach>.

¹³ Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 2.

¹⁴ “Alianza Frente por un Nuevo País s/ solicita cumplimiento del Artículo 54 de la Constitución Nacional – elecciones del 14 de octubre de 2001”, *Fallos*: 326:1.778 (2003); “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – PEN – M° E. – Decreto N° 1.738/1992 y otro s/ proceso de conocimiento”, *Fallos*: 328:1.652 (2005), voto del Dr. Maqueda.

¹⁵ “Aner, Andrés Adalberto s/ deduce acción de amparo – solicita medida cautelar (Unión Cívica Radical)”, *Fallos*: 319:2.700 (1996), voto del Dr. Fayt.

a proveer el adelanto y bienestar de las provincias¹⁶, las obras públicas de un acueducto destinadas al mismo fin¹⁷, un oleoducto¹⁸, incluso la Constitución Nacional¹⁹.

De este modo, la noción de instrumento de gobierno sería por demás polifacética y con bordes semánticos escasamente definidos. En esa noción podría, por ende, incluirse, por hipótesis, a la de “persona pública no estatal”.

VI. Concepto de persona pública no estatal.

Centrados los conceptos precedentes, adentrémonos, ahora, en las protagonistas de estos párrafos, es decir, en unas instituciones –sujetos de derecho, personas– llamadas “personas públicas no estatales,” es decir, entes o personas no privadas que, incidentalmente, tampoco integran los cuadros estatales.

VI.1. Código Civil.

A modo de acotación, tengamos presente el Artículo 33 del CC, que clasifica a las personas jurídicas en dos clases: a) públicas, por un lado, y por el otro, b) privadas²⁰. Esta clasificación tiene similares en el derecho comparado: a modo de ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos alemana, en su Artículo 1^o²¹, menciona las entidades de derecho público, es decir, las personas públicas, lo cual permite suponer la existencia, en ese ordenamiento, de personas privadas.

Tengamos también en mente que el mencionado Código Civil argentino no subclasifica a las primeras, es decir, a las personas públicas, en estatales o no estatales. Tal subclasificación correspondería a la pluma de la doctrina.

Nos permitimos agregar que, en la mencionada clasificación, la Iglesia Católica ocupa un lugar tan especial que adherimos a especializada doctrina que la califica como “única en su género”²²; es una persona pública porque así lo establece el Código Civil²³, pero en

¹⁶ “Impresit Sideco S.A. y otra c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 304:1.129 (1982).

¹⁷ “Vial Hidráulica S.A.C.I.C. y otra c/ Provincia del Río Negro”, *Fallos*: 302:1.252 (1980), disidencia de los Dres. Gabrielli y Black.

¹⁸ “Vialco S.A. c/ Nación”, *Fallos*: 301:1122 (1979), disidencia del Dr. Gabrielli.

¹⁹ “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – PEN – M° E. – Decreto N° 1.738/1992 y otro s/ proceso de conocimiento”, *Fallos*: 328:1.652 (2005), Considerando 8° , segundo párrafo del voto del Dr. Maqueda.

²⁰ “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público [...] el Estado Nacional, las provincias y los municipios [...] las entidades autárquicas [...] la Iglesia Católica. Tienen carácter privado [...] Las asociaciones y las fundaciones [...] las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones [...]”.

²¹ Específicamente, I. 1 (1) 1.

²² Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 204. En similar sentido, Canosa, *op. cit.*, en nota 46, *infra*.

²³ Ver nota 21, *supra*.

ese cuerpo legal sólo se efectúa un reconocimiento, ya que su personalidad existe “más allá e independientemente de la voluntad de los legisladores nacionales”²⁴ y, además, es claro que es una persona pública, pero de carácter no estatal²⁵.

VI.2. Origen.

La subclase “persona pública no estatal”, en tanto diferenciada de la de “persona pública estatal”, habría aparecido en 1945 en un trabajo de Sayagués Laso²⁶, y es retomada en nuestro país por doctrinarios posteriores. El citado jurista uruguayo consagró su criterio en su *Tratado*:

“El derecho positivo actual de todos los países muestra que, además de las personas públicas territoriales clásicas [...] existe un conjunto de personas jurídicas a fin especial, que no pueden considerarse privadas, con características muy diversas: a) El mayor número de dichas personas jurídicas son indudablemente *estatales*, en el sentido de que integran la organización jurídica de la Nación [...] Son los ‘entes autónomos’ y ‘servicios descentralizados’ [...] los ‘establecimientos públicos’ [...] las ‘entidades autárquicas’ [...] Dichos entes son personas públicas, no sólo por su calidad de estatales, sino porque actúan bajo normas de derecho público, lo cual [...] no excluye la aplicación del derecho privado dentro de ciertos límites. b) Pero, además, [...] existen otras personas colectivas que [...] *no son estatales*, que no [...] integran la Administración pública [...] No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. El ejemplo más típico de esa clase de instituciones lo constituyen los Colegios de Abogados [...] cuando han sido creados por ley. c) Hay, también, otra categoría a tener en cuenta: son entidades organizadas y que actúan según normas de derecho privado, pero que pertenecen a la colectividad y por lo mismo merecen el calificativo de estatales. Es el caso [...] de las empresas comerciales organizadas como sociedades anónimas y nacionalizadas por el cómodo procedimiento de adquisición de acciones [...]”²⁷.

Efectuado este paneo del derecho comparado que cita, Sayagués Laso agrega que a la doctrina clásica –según la cual siempre hay coincidencia entre persona pública y entidad estatal, tal que toda entidad es siempre pública y toda persona pública es necesariamente estatal– se sumaría otra, según la cual hay “entidades no estatales reguladas por el derecho público”, que son las de su acápite b), e incluso instituciones estatales con forma y régimen privados, las de su acápite c); la admisión de esta última realidad conduciría a la inutilidad de utilizar, como criterio de distinción entre personas públicas y

²⁴ Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 543/544.

²⁵ Bianchi, Alberto B., “La naturaleza jurídica de los entes binacionales”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública–Rap*: 159, Año 14, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1991, pp. 9/47, especialmente p. 10.

²⁶ Enrique Sayagués Laso, jurista uruguayo, nació en 1911 y falleció en 1965. La categoría que nos ocupa fue propiciada en su “Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas”, publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales del Litoral*, Tomo 44, 1945, pp. 5/42.

²⁷ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1974, 4ª edición (actualizada por Martins, Daniel H.), pp. 173/177.

privadas, su calidad estatal o no estatal y a aplicar, como criterio de distinción, el del derecho que las regula (público en un caso, y privado en el otro): y ello conduciría a examinar, primero, lo que la ley dispone y, en su defecto, otros extremos (origen, organización, funcionamiento, forma de creación, fines, existencia de potestades o privilegios, naturaleza del contralor)²⁸.

Concluye el jurista uruguayo en que “son personas públicas no sólo las entidades estatales, sino también esas otras instituciones no estatales, pero que actúan en todo o en parte bajo normas de derecho público”²⁹, reiterando, así, la postura que esgrimiera en 1945³⁰.

La caracterización de las personas públicas no estatales que brinda es rica en detalles: las personas públicas no estatales tienen características de derecho público (creación por ley, obligatoriedad de afiliación o de sostenimiento por las personas alcanzadas, injerencia estatal en la dirección y administración designando directores, contralor estatal intenso, ejecución de cometido público o de interés público)³¹. Tienen rasgos representativos (sus órganos representan los sectores interesados), su patrimonio es de origen privado (integrado con aportes directos o indirectos de los afiliados o incorporados), aunque pueden gozar de monopolios por ley, su personal se rige por el derecho laboral, sus actos no son administrativos, sus responsabilidades se rigen por el derecho privado y su régimen presupuestal será el que la ley de creación establezca³².

VI.3. La doctrina.

Villegas Basavilbaso³³ repara en que hay –además de personas jurídicas públicas (entes autárquicos) y entes no estatales que serían en todos los casos personas jurídicas privadas– una “tercera categoría de personas que se regulan parcialmente por el derecho público”, citando, en esta última afirmación, al jurista uruguayo.

Marienhoff, con fundamentos en la doctrina que cita³⁴, afirma que existen dos clases de personas jurídicas públicas: las estatales y las no estatales. Estas últimas se corporizan en la “persona de derecho público, no estatal”³⁵. Las personas públicas no estatales no se caracterizarían por haber sido invariablemente creadas por el Estado, pues podrían tener origen en una decisión asociacional privada. Tampoco se caracterizarían por tener intensos fines estatales, pues podría darse el caso de que persigan fines de interés general “menos intensos”, al decir del citado autor. Su personal no calificaría como empleados o

²⁸ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 175/176.

²⁹ Ídem, p. 176.

³⁰ Ver nota 28, *supra*.

³¹ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 234/235.

³² Ídem, pp. 235/237.

³³ Ver Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo. Estructura jurídica de la Administración*, Tomo II, Buenos Aires, TEA, 1950, pp. 109/124, especialmente p. 120.

³⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1990, 4ª edición actualizada, pp. 368/370.

³⁵ “Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, *Fallos*: 333:1.279 (2010), voto del Dr. Maqueda.

funcionarios públicos, con lo que estarían sometidos al derecho laboral, y no al derecho administrativo, y sus decisiones no serían actos administrativos. Su patrimonio podría ser total o parcialmente estatal, mas no necesariamente. Sí se hallarían sujetas a controles estatales en opinión del jurista. Más importante aún, poseerían algún poder de *imperium* sobre ciertos administrados que actúen en su ámbito de actuación. Del análisis de la citada opinión doctrinaria surgiría una enumeración de características vinculadas a: a) creación; b) fines; c) personal; d) patrimonio; e) control; f) poder de *imperium*. En el fallo “Romay”³⁶, de 1954, se consagraron, en los diversos decisorios, casi todos los criterios enumerados.

No obstante la postura expuesta, que admite la existencia de personas de derecho público no estatal, a la cual se suman Diez³⁷, Linares³⁸, Cassagne³⁹, Comadira⁴⁰, Dromi⁴¹, Gordillo⁴², Bianchi⁴³, Monti-Muratorio⁴⁴, hay autores que rechazan la existencia de aquellas.

Así, la rechazan Barra (con fundamentos en que persona pública y persona estatal son conceptos estrictamente equivalentes, con excepción de la Iglesia Católica)⁴⁵; Canosa (con fundamentos en que, a la luz del Artículo 33 del CC y dejando de lado la Iglesia Católica, sólo debería haber entes públicos o privados)⁴⁶; Hutchinson (pues hay que analizar la concreta relación jurídica existente)⁴⁷.

³⁶ “Romay, Francisco Antonio”, *Fallos*: 229:304 (1954).

³⁷ Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, 2ª edición renov. y act., pp. 110/111 y 140.

³⁸ Linares, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 214.

³⁹ Cassagne, “Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran”, *LL*, T. 143.

⁴⁰ Ver su exhaustivo estudio de cara al Artículo 1º, LPA, en Comadira, Julio R. (Monti, Laura M. colab.), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 43/46.

⁴¹ Dromi, José Roberto, *Instituciones de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1978, reimpr., pp. 442/444.

⁴² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, 10ª edición, p. XIV-17 y sigs.

⁴³ Bianchi, Alberto B., “La naturaleza jurídica de los entes binacionales”, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ Monti, Laura M. – Muratorio, Jorge I., “La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”, en *ReDA*, Volumen 14, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 517/531.

⁴⁵ Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 186.

⁴⁶ Canosa, Armando, *Procedimiento administrativo. Recursos y reclamos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, p. 165, y su remisión a su “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales”, en *ED*, Tomo 152, pp. 232/241, especialmente p. 240 y su nota 22.

⁴⁷ Hutchinson, Tomás, “Apuntes acerca de los colegios profesionales previstos en la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires”, en AA VV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, pp. 359/373, especialmente p. 359, y su cita de su *Las corporaciones profesionales*, Buenos Aires, FDA, 1982, p. 35.

También hay autores sanamente críticos hacia la confusión que la clasificación que nos ocupa genera: así, Escola⁴⁸ y, hace unos años, Ivanega⁴⁹. Una muestra de esa imprecisión se advierte en el fallo “Sociedad de Beneficencia”, de 1983, en el cual se narran las tribulaciones de un órgano estatal devenido persona de derecho público no estatal⁵⁰.

Una ilustración acerca de los caracteres imprecisos de la categoría que nos ocupa puede ser relacionada con la cuestión que se suscitara en torno a la Comisión de Salto Grande. Veamos.

VI.4. La divergencia Marienhoff-Bianchi.

Hace ya más de dos decenios, se suscitó un contrapunto de interés para la materia que nos ocupa. Comentando una sentencia del Tribunal Arbitral de Salto Grande, de 1990, Bianchi analizó la cuestión de la naturaleza jurídica de una Entidad binacional; específicamente, si la misma era una Entidad pública estatal o no estatal. Consciente de que la decisión del Tribunal se había inspirado en la pluma de Marienhoff al afirmar que la Comisión de Salto Grande era una persona pública no estatal a la que resultaba aplicable el derecho privado, discrepó con tal criterio. Conceptualizó a las personas públicas no estatales como aquellas que están fuera de la organización gubernamental, no integrando la Administración pública, titulares de un patrimonio de origen preponderantemente privado –sin perjuicio de subsidios estatales que puedan recibir–, pero con cometidos orientados a la satisfacción de necesidades de carácter general, lo cual las torna personas públicas. Sostuvo que lo público, a modo de género, podía comprender la especie estatal (y armonizar con el adagio de que todo lo estatal es público) o la especie privada aunque con ingerencia estatal (caso de un colegio profesional), llegando a la conclusión de que lo público era el género, y lo estatal (o no-estatal, o privado), la especie. Siguió razonando que el Ente binacional en cuestión no era no-estatal, pues, caso contrario, estaría regido por el derecho privado: Entidad integrada por dos gobiernos, no podía ser no-estatal y, al igual que en el caso de la UN, la OEA, etcétera, su derecho no podía ser el privado⁵¹.

Marienhoff le respondió⁵² desdeñando las afirmaciones relativas a para qué había nacido la Entidad y las relativas al paralelo con los organismos internacionales ya mencionados. Afirmó que resultaba determinante el “encuadramiento” del Ente en la estructura u organización administrativa del Estado, así como la “índole” de la actividad desplegada por la persona creada. El cometido de la Comisión podía igualmente ser cumplido por un particular.

⁴⁸ Escola, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho administrativo*, Volumen 1, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 289.

⁴⁹ Ivanega, Miriam M., *Principios de la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, pp. 119/121.

⁵⁰ “Sociedad de Beneficencia de la Capital c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 305:1.524 (1983).

⁵¹ Bianchi, Alberto B., “La naturaleza jurídica de los entes binacionales”, *op. cit.*, pp. 9/12.

⁵² Marienhoff, Miguel S., “Naturaleza jurídica de los organismos binacionales. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Respuesta a una objeción. (El encuadramiento del ente en la estructura u organización administrativa del Estado. La índole de la actividad que desarrolla el ente)”, en *LL*, 1992-B, pp. 1110/1117. También publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 165, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1992, pp. 7/16.

Su cometido era industrial-comercial, por lo que no se trataba de una actividad integrante de los fines estatales. El monto del capital de la Entidad resultaba irrelevante para tornarla pública. La pretendida identidad con los organismos internacionales se desvanecía a poco que se advirtiera que los fines institucionales de los mismos eran muy diferentes de los fines industriales-comerciales de la Entidad binacional. En síntesis, lo determinante, para definir la naturaleza del Ente, era su “encuadramiento” y la “índole” de la actividad desplegada⁵³.

VI.5. Reflexiones.

Del análisis de las citadas opiniones doctrinarias surgiría una enumeración de características de las personas públicas no estatales, vinculadas a su creación y fines; personal; patrimonio; control; poder de *imperium*; monopolio. Apliquemos esos criterios a dos entidades, bien distintas, que persiguen fines de relevancia pública.

Consideremos una asociación llamada Jockey Club, a) creada por iniciativa privada, que lleva adelante, entre sus cometidos, un b) fin público como es llevar el registro llamado *Stud Book Argentino*⁵⁴, asociación cuyo c) personal y d) patrimonio son privados, enjugados con los aportes o cuotas de los socios; registro ubicado bajo importantes e) controles estatales⁵⁵ e internacionales; con un suerte de f) poder de *imperium* que le permite percibir los aranceles que publica, e incluso cobrar multas⁵⁶; amén de una suerte de g) monopolio al menos de hecho, pues cualquier criador que necesite una constancia oponible a terceros, emanada de ese registro, deberá acudir al mismo para obtenerla.

A la luz de las enseñanzas de Marienhoff, resultaría harto evidente que esa asociación ni integra los cuadros de la Administración ni los estatales. En la visión de Bianchi, ese club tipificaría en todas las notas ya apuntadas, excepto en una, que lo envía derechamente al mundo privado: la satisfacción de necesidades de carácter general. En efecto, podrá ser de carácter general la generación eléctrica, a la que se vincula la Comisión que diera lugar al contrapunto reseñado. Pero no advierto una necesidad de carácter general en el registro de los purasangre que lleva el *Stud Book*. Ello tornaría a esa asociación ajena o extraña a los confines de las personas que ocupan estos párrafos. Sin embargo, si para Marienhoff el interés estatal no necesita ser tan “intenso”, podría desplazarse esta asociación hacia el sector público. Empero, la expulsa fatalmente de ese ámbito la economía de la misma: los recursos y bienes son privados, con lo que, si el patrimonio estatal es un límite a la definición de la Administración pública, el Club citado se halla bien fuera de dicha frontera, y lo mismo ocurriría si se consideraren los recursos (privados) con que cuenta.

⁵³ Marienhoff, Miguel S., “Naturaleza jurídica de los organismos binacionales. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Respuesta a una objeción. (El encuadramiento del ente en la estructura u organización administrativa del Estado. La índole de la actividad que desarrolla el ente)”, *op. cit.*, p. 1117.

⁵⁴ Ver Decreto Ley N° 6.699/1963 de *Stud Book Argentino*; Decreto Ley N° 3.966/1958, de restitución de personería jurídica a la asociación Jockey Club; Decreto N° 499/1964 de devolución del *Stud Book Argentino* a la asociación Jockey Club; y Decreto N° 4.827/1973, reglamentario de la Ley N° 20.378 de Registros Genealógicos.

⁵⁵ Ver reglamentación de la Ley N° 20.378 por Decreto N° 4.827/1973, Artículos 2° a 5°.

⁵⁶ Ver www.studbook.com.ar, botón “aranceles”.

Ese supuesto resulta ser bien distinto del que se halla implícito en el Ente Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (ENARD), a) creado por Ley N° 26.573; que lleva adelante un b) fin de histórica importancia para el Estado, el cual es sostener el deporte de alto rendimiento⁵⁷; cuyo c) personal no aparece en la ley como sujeto al derecho público⁵⁸, y cuyo d) patrimonio, en tanto integrante del inventario, tiene un régimen societario⁵⁹; el Ente se halla sujeto a e) controles internos y al control externo de la AGN⁶⁰; con una suerte de f) poder de *imperium* que le permite imponer sanciones⁶¹; amén de varios g) monopolios, a saber: en la fijación de la ética deportiva⁶², en la interpretación de estatutos y reglamentos⁶³, en el mantenimiento del laboratorio donde se analizan los casos de doping⁶⁴ y, fundamentalmente, en el disfrute del “cargo” –verdadero impuesto con asignación específica– a las facturas por telefonía celular, que la ley crea en su Artículo 39.

En la mirada de Marienhoff, su “encuadramiento” no estatal por presencia de un socio de ese carácter⁶⁵ coexistiría con lo que considero una “índole” de actividad desplegada por el Ente propia del Estado, pues él es el que históricamente regulaba y administraba las contrapruebas en supuestos de doping y organizaba el respectivo laboratorio, él es el que estaba interesado en que el deporte fuera practicado de manera leal, aplicando sanciones o medidas disciplinarias, en fin, todas aquellas medidas que llevaba adelante, en su momento, la Comisión Nacional Antidoping, órgano desconcentrado de la antigua Secretaría de Deportes de la Nación; cometidos públicos estatales todos ellos. Para Bianchi, el Ente en cuestión sería persona pública no estatal por estar fuera de los cuadros de la Administración, recibir subsidios (el “cargo” en cuestión), y tener cometidos enderezados a la satisfacción de necesidades de carácter general, las cuales son la ética, disciplina y lealtad deportivas en el área del deporte de alto rendimiento, fines que parecen ser perseguidos por el Ente. Ello, por cierto, sin que pueda dejar de enfatizarse la inconstitucionalidad que pesa sobre ese “cargo”, cuestión ajena a estos párrafos⁶⁶.

⁵⁷ La Confederación Argentina de Deportes (CAD) es fundada como asociación en 1921, y por decreto del 24-7-1925 obtiene personería jurídica. El Decreto N° 74 del 31-5-1927 reconoce a la CAD como Comité Olímpico Argentino, con lo que la primera procede a modificar sus estatutos. En la Ley de Presupuesto de 1937, Ley N° 12.345, BO 15-1-1937, Artículo 29, ya aparecía la CAD como co-administradora de fondos destinados al deporte generados por un impuesto –que gravaba las entradas a espectáculos deportivos– creado por esa misma ley.

⁵⁸ Ver especialmente Ley N° 26.573, Artículo 25.k.

⁵⁹ Ley N° 26.573, Artículo 25.e, según el cual el Directorio Ejecutivo presenta a la Asamblea, entre otros, el inventario.

⁶⁰ Ver Ley N° 26.573, Artículo 32. Ver, asimismo, ley citada, Artículo 35, que lo sujeta al control externo de la AGN, mas sólo en punto al monitoreo de los recursos, y no del patrimonio.

⁶¹ Ley N° 26.573, Artículo 38.

⁶² Ley N° 26.573, Artículo 37.

⁶³ Ley N° 26.573, Artículo 25.d.

⁶⁴ Ley N° 26.573, Artículo 2.g.

⁶⁵ Ley N° 26.573, Artículo 5° y sigs.

⁶⁶ Ese “cargo” creado por el Artículo 39 de la Ley N° 26.573 es violatorio del Artículo 75, inc. 3° de la Constitución Nacional, pues tiene asignación específica pero no ha sido establecido por tiempo determinado.

VII. En conclusión.

Las personas públicas no estatales manifiestan una organización insertable en el mundo público, pero ajena a las magistraturas, originada o vinculada orgánicamente con el mundo privado, no estatal. Gobernabilidad será la habilidad, del gobierno, para gobernar. En cambio “gubernamentalidad” es una etapa histórica que nos es contemporánea, el tipo de poder que genera aparatos de gobierno y un complejo de saberes diversos, o las condiciones que permiten una cierta forma de poder. Por ende, ésta hace a la fuerza y resulta, por ende, ajena a los fines éticos, políticos y civiles a que apunta la primera. Gobernanza es un complejo conjunto de valores, normas, procesos e instituciones por medio de los cuales la sociedad administra su desarrollo y resuelve sus conflictos, formal o informalmente; involucra al Estado, pero también a la sociedad, razón por la cual se advierte, en esta conceptualización, la interrelación entre el Estado y las instituciones no integrantes del Estado como actores involucrados en la gobernanza.

En el plano jurisprudencial, se han incluido en el género “instrumentos de gobierno” variados contenidos, incluso la Constitución Nacional. Así, la noción de instrumento de gobierno sería por demás polifacética y con bordes semánticos escasamente definidos. En esa noción podría, por ende, incluirse, por hipótesis, la de “persona pública no estatal”.

La categoría jurídica “persona pública no estatal”, en tanto diferenciada de la de “persona pública estatal”, aparece en el ámbito rioplatense en 1945, a partir del derecho comparado en el que abrevara Sayagués Laso. Repara también en esa figura Villegas Basavilbaso. Es Marienhoff quien termina de darle un perfil, caracterizándola por su: a) creación; b) fines; c) personal; d) patrimonio; e) control; f) poder de *imperium*. Admiten también la existencia de las personas públicas no estatales Diez, Linares, Cassagne, Comadira, Dromi, Gordillo, Bianchi, Monti-Muratorio. Empero, hay juristas que rechazan su existencia: Barra, Canosa, Hutchinson. También hay autores sanamente críticos hacia la confusión de la clasificación que distingue personas públicas estatales y no estatales: Escola, Ivanega.

Una ilustrativa divergencia, entre Marienhoff y Bianchi, ilustra acerca de los imprecisos confines de la figura. Y un ejercicio de aplicación, comparando el Jockey Club, que lleva el *Stud Book*, y el Ente Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (ENARD), creado por Ley N° 26.573, ilustra también acerca de aspectos de la práctica en la aplicación de los criterios que propone la doctrina, criterios a los que me permito sumar el de g) los monopolios, siquiera de hecho, con que se beneficiaría la persona pública no estatal.